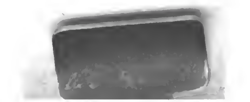
Decis. 2^m Annalen



Annalen

der

Großherzoglich Badischen Gerichte.

Unter Mitwirkung

der Herren Hofgerichtsräthe **Stempf**, **Haager**, **Brauer**, **Ottendorf**, sodann der Herren Obergerichtsadvokaten **Dr. Ladenburg**, **v. Soiron** und anderer Rechtsgelehrten des Großherzogthums

herausgegeben

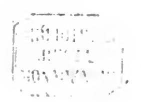
von

V. Bayer,

Oberhofgerichtsrath in Mannheim.

Einundzwanzigster Jahrgang.

Mannheim.
Verlag von J. Bensheimer.
1854.



Register

zum XXI. Jahrgang der Annalen.

(Die Zahlen bedeuten die Seiten.)

Entscheidungen französischer Gerichtshöfe.

A. Code civil.

B. Code de commerce.

Erläuterungen:

a. Des Landrechts.

b. Der Civilprozeß-Ordnung.

c. Des Strafgesetz-Buches.

d. Des Einführungs-Gesetzes vom 5. Februar 1851.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXI. No. 1. Mannheim, 1. Januar 1854.

I.

Unbenannte Gesellschaften.

(Annal. XX. 139-148.)

Seit der Mitte des vorigen Jahrhunderts bestand in Wolfach unter dem Namen „Schifferschaft Wolfach" eine Gesellschaft, welche Flößerei und Holzhandel betrieb. Nach den Statuten, welche im Jahr 1769 von dem Fürsten von Fürstenberg bestätigt wurden, bildeten zwanzig Personen, die das Schiffergewerbe erlernt hatten, und je fl. 1500 einlegten, die Gesellschaft; bei dem Tod oder Austritt eines Mitglieds konnte dessen Wittwe oder Eines seiner Kinder für ihn eintreten; die Verwaltung war einem „Oberschiffer" oder „Cassier" anvertraut, der jährlich Rechnung ablegen mußte. Gewinn oder Verlust wurde nach dem Verhältniß der Einlagen unter die Mitglieder vertheilt.

Wiewohl das Gesellschafts-Capital höchstens fl. 30,000 betrug, so genoß diese Gesellschaft dennoch eines solchen Credits, daß ihr Schuldenstand, als sie sich im Jahr 1849 zahlungsunfähig erklärte, über fl. 400,000 betrug. Es bestand bei dem Gantrichter kein Zweifel darüber, daß diese Gesellschaft als Handelsgesellschaft zu betrachten sei, theils deßwegen, weil die Betreibung des Holzhandels nach ihren Statuten mit als Zweck derselben aufgeführt war, theils deßwegen, weil sie notorisch einen sehr ausgedehnten Handel getrieben hatte. Der Gantrichter hatte auch in Anwendung des Art. 208 des Handelsgesetzbuchs den Anfang der Gant auf den 25. Septbr. 1848 zurückdatirt, wogegen zwar die Mitglieder der Gesellschaft appellirten, jedoch ohne Erfolg; das amtliche Erkenntniß wurde in zweiter und dritter Instanz bestätigt. Die Urtheile sind mitgetheilt in dem 18. Jahrgang der Annalen S. 109 und ff. und in den oberhofgerichtlichen Jahrbüchern 12. Jahrgang, S. 325.

Gestützt auf diese Urtheile waren mehrere Gläubiger der Gesellschaft der Meinung, daß die Mitglieder derselben sammtverbindlich für alle Schulden haften müßten, und machten deßhalb ihre Forderungen gegen sie gerichtlich geltend. In der deßfalls erhobenen Klage wurde hervorgehoben, daß Handelsgesellschafter schon nach gemeinem Recht sammtverbindlich haften, und daß dieser durch das ganze Mittelalter geltende Grundsatz in dem Art. 1862 des Civil- und Art. 22 des Handelsgesetzbuchs seinen Ausdruck gefunden. Nebenbei wurde auch behauptet, daß die Sammtverbindlichkeit der Beklagten theils ausdrücklich in mehreren Schreiben, theils mittelbar dadurch, daß lange Zeit hindurch die Firma „Armbruster u. Cp." oder „Maier u. Cp." geführt wurde, anerkannt worden sei.

Die Beklagten behaupteten dagegen, ihre Gesellschaft sei eine unbenannte im Sinne des Art. 29 u. ff. des Handelsgesetzbuchs, bei welcher die Gesellschafter nur für die Einlage haften, Art. 33; die Gläubiger könnten sich daher nur an das Gesellschaftsvermögen halten. Dieser Einwand beruhte wesentlich auf dem Inhalt der Statuten der Gesellschaft, welchen jedoch von Seiten der Kläger die Einrede der Nichtigkeit darum entgegengehalten wurde, weil die Vorschriften der Art. 37. 40 und 42 des Handelsgesetzbuchs nicht beobachtet worden seien. Wiewohl die fragliche Gesellschaft vor Einführung dieses Gesetzbuchs bestanden habe, sei die Beobachtung jener Förmlichkeiten nach der landesherrlichen Verordnung vom 9. August 1827

Reg.-Bl. von 1827 No. 19.

dennoch nothwendig gewesen. Dieser Ansicht pflichtete jedoch der Richter erster Instanz nicht bei, er wies vielmehr die Kläger ab, und motivirte sein Urtheil in sehr umfassenden Entscheidungsgründen, welche darum hier vollständig wiedergegeben werden, weil sie ein sehr ein-

gehendes Studium der hier einschlagenden Materien bekunden. Nach einigen Vorbemerkungen, welche sich auf die Beweisführung beziehen, fahren die amtlichen Entscheidungsgründe also fort:

Es befindet sich in der Registratur des großh. Bezirks-Amtes Wolfach eine Urkunde vom 12. August 1769 praes. 16. August desselben Jahres, welche von „Joseph Wenzel Fürst zu Fürstenberg" unterzeichnet ist. Dieselbe ist adressirt an den Rath und Oberamtmann der Herrschaft Wolfach u. s. w. und ist an dem die Adresse enthaltenden halben Bogen das fürstl. Siegel noch in unverletztem Zustande. In dieser Urkunde verordnet nun oben erwähnter Fürst: Es sei ihm der Bericht (des Oberamts Wolfach) über die von der „Wolfachischen Schiffer-Compagnie" zu derselben perpetuirlichen Stabilirung unterthänigst angesuchte neue privilegirte Zunft- und Schifferordnung vorgetragen worden und sei gegen die „Satzungen keine sonderbare Erinnerung noch Einwendung vorgekommen."

Nachdem sofort mehrere, die Flößerei betreffende Verhältnisse besprochen worden sind, fährt diese Urkunde fort:

.....„so nehmen wir solchem nach keinen Anstand, die Uns eingereichte — von ihnen selbst für gut befundene — auch bereits von Unserer nachgesetzten gehorsamsten Regierung vorläufig geprüfte puncta zur diesfälligen neuen Satz und Ordnungen provisorie hiemit gnädigst zu approbiren, und in der Nebenlage auch mit dem gnädigsten Befehl zuzufertigen, daß" u. s. w. u. s. w.

Dieser Urkunde angeschlossen ist eine weitere Urkunde überschrieben: „Neue Satz und Ordnung, so die Schiffer-Compagnie zu Wolfach pro 1769 von höchst gnädigster Herrschaft erhalten." Es ist diese Urkunde, wie sie selbst sagt, eine „Copia Beilag" mit dem „vidit" des Sekretärs von Lenz, Donaueschingen den 12. August 1769. Dieselbe scheint deßhalb gefertigt worden zu sein, weil das Original wahrscheinlich in Donaueschingen zurückbehalten wurde. Diese letztere Urkunde erscheint in Beziehung zur früher genannten als documentum relatum zum documentum referens.

Eine weitere gleichlautende Abschrift der s. g. puncta, legalisirt durch Sekretär Hornstein am 3. September 1810 ist in den Amtsacten, die Aufnahme des Bernhard Straub in die Schifferschaft betr. enthalten. Auf diese beiden Urkunden hat sich bekl. Anwalt behufs der Führung des ihm obliegenden Beweises bezogen und hat man diesseits keinen Anstand, beide Urkunden als öffentliche anzuerkennen. Wenn dies auch, namentlich wegen der letztern vom klägerischen Anwalt bemängelt wird, so kann man der Ansicht desselben nicht beitreten. Wir sehen beide als öffentliche Urkunden an, von welchen die erstere in der Absicht abgefaßt wurde, die zweite zur Geltung zu bringen, und welche beide von der fürstl. Genehmigung an bestimmt sind, gewissermaßen nur eine Urkunde zu bilden.

Baier, Civilprozeß VII. Auflage, S. 489. 491. 95. 96.

Gönner, Handbuch des gemeinen Prozesses Bd. II., S. 466.

v. Vangerow, Pand.-Heft zu §. 167.

Durch diese beiden Urkunden wurden nun die Statuten der „Schifferschaft Wolfach" oder des „Schifferthums Wolfach" der „Wolfachischen Schiffer-Compagnie" aufgesetzt und von der damaligen Regierung anerkannt. Es ist in denselben im Wesentlichen das enthalten, was der beklagte Anwalt auf S. 63—66 dieser Acten als deren hauptsächlichen Inhalt ableiten will, daß dadurch nur eine Zunft habe begründet werden sollen, kann man nicht annehmen, man erkennt vielmehr in der nach diesen Statuten begründeten Gesellschaft eine unbenannte Handelsgesellschaft mit Zunfteinrichtung. Diese Gesellschaft erhielt behufs des Betreibens des „Holzgewerbes" und Flößens die privilegia einer Zunft und jura collegialia; also die Rechte einer moralischen Person, universitas. Hiernach konnte diese Gesellschaft Vermögen anwerben, Schulden contrahiren, ohne daß solche die Rechtssphäre der einzelnen Mitglieder weiter berührten als bis zum Betrag der von ihnen gemachten Einlagen.

v. Vangerow, Pand.-Heft zu §. 54.

Thibaut, System des Pandektenrechts §. 132. 8. Aufl.

Es sind insbesondere Bestimmungen getroffen über die Art der Aufnahme neuer Mitglieder, es sollen nie mehr als 20 Mitglieder aufgenommen werden, von denen jedes anfänglich 400 fl. einlegen soll, welche sich jährlich nicht mehr als 50 fl. erhöhen dürfen und nur die Summe von 1500 fl. erreichen sollen. Die Leitung des Geschäfts der Gesellschaft wurde einem „Oberschiffermeister" später Cassier genannt, sowie mehreren andern Beamten anvertraut, welche sämmtlich jedes Jahr neu gewählt werden mußten, und hat sich der Staat bezüglich des Eintritts neuer Mitglieder und der Verwaltung des Gesellschaftsvermögens umfassende Befugnisse vorbehalten. Aus diesem Gesichtspunkte ist die Schifferschaft Wolfach qua Zunft anzuse-

ben, in ihren übrigen Verhältnissen würde sie in römisch rechtlichem Sinne unter den Begriff der societas fallen.

Wie wir oben gezeigt haben, so wurde schon nach dem römischen Recht (in seiner heutigen Anwendung von Vangerow, Heft zu §. 1) hierdurch eine universitas und societas begründet, und ist das Gleiche der Fall nach gemeinem deutschen Privatrechte. Die gestiftete universitas charakterisirt sich nun, wenn man das gemeine deutsche Handelsrecht beizieht, als eine „unbenannte Handelsgesellschaft", da bei derselben alle Merkmale eintreffen, welche als für dieses Institut maßgebend angesehen werden.

Vgl. Mitermaier, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts mit Einschluß des Handelsrechts u. s. w. VI. Aufl., §. 557.

Philipps, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts III. Aufl., §. 282, S. 617.

Eichhorn, deutsches Privatrecht IV. Aufl., §. 387, S 930.

Dieses deutschrechtliche Institut einer unbenannten Gesellschaft ist nun in manchfacher Weise privilegirt, zumal dadurch, daß jedes Mitglied nur bis zum Betrage seiner Einlage haftet. Eine solche Gesellschaft bildet mehr eine Vereinigung von Kapitalien als von Personen und rührt der Name derselben daher, daß die einzelnen Mitglieder dem Publikum nicht bekannt zu sein brauchten. Eine Bestätigung der Regierung war nach früherem gemeinem Rechte zur Gründung einer solchen anonymen Gesellschaft nicht nöthig.

Fr. Phillipps und Mittermaier l. c.

und erst wegen der mit diesen Gesellschaften verbundenen Gefahren hat man in neuerer Zeit die Anerkennung der Regierung als Erforderniß des Existentwerdens derselben verlangt.

Ungeachtet nun hiernach im Jahr 1769 die Bestätigung der Regierung noch nicht absolut erforderlich war, wurde solche gleichwohl eingeholt und hatte hierdurch diese Gesellschaft allen Anspruch als eine solche angesehen zu werden, als welche sie sich durch ihre Statuten charakterisirt.

Wie klägerischer Anwalt dazu kommt, zu behaupten, es habe vor Einführung des franz. Handelsrechts keine anonyme Gesellschaft bestanden, ist nicht zu ersehen, und glauben wir durch Obiges das Gegentheil bewiesen zu haben. Allerdings behauptet eine Autorität der neueren Literatur über dieses Thema:

Schiebe, Lehre von den Handelsgesellschaften II. Ausgabe, §. 248.

daß die anonyme Gesellschaft, wie sie das franz. Handelsgesetzbuch angibt, erst durch dasselbe geschaffen sei; das will aber nicht heißen, daß früher keine anonymen Gesellschaften bestanden haben, und wird ein solcher Irrthum von Schiebe selbst gleich nach jener Aeußerung berichtigt.

Durch das Bisherige haben wir nachgewiesen, daß durch die beiden Urkunden vom 12. August 1769 eine unbenannte Handelsgesellschaft zum Zweck des Flößereibetriebs auf der Kinzig unter dem Namen „Schifferschaft Wolfach" u. s. w., welcher Name von dem Zweck der Gesellschaft hergenommen war, gestiftet, beziehungsweise genehmigt worden sei.

Es handelt sich nun darum, ob die zur Zeit der Ganteröffnung gegen die Schifferschaft Wolfach vorhandenen Mitglieder die Rechtsnachfolger der früheren Gesellschafter waren und ob diese Gesellschaft im Verlauf der Zeit nicht die Qualität einer unbenannten verloren hat?

Was die erste Frage betrifft, so geht sowohl aus den producirten Amtsurkunden und den Handelsbüchern als aus einer Anzahl weiterer Schifferschaftsacten, auf welche sich beide Theile im Allgemeinen berufen haben, hervor, daß jeweils nach Austritt eines Gesellschafters wieder ein neuer ernannt und amtlich bestätigt wurde. Es ist eine irrige Behauptung, wenn der klägerische Anwalt erklärt, es habe die Gesellschaft durch den Tod sämmtlicher im Jahr 1769 vorhandener Theilnehmer aufgehört; es läßt sich vielmehr nachweisen, wie an die Stelle der alten Mitglieder immer wieder neue ernannt wurden, so daß die Zahl der Gesellschafter beständig auf 20 ergänzt worden ist. Die Acten über diese neuen Ernennungen waren fortwährend auf der Registratur des Amts aufbewahrt und haben dadurch diese Ernennungen die Offenkundigkeit erlangt. Eine Menge Protocolle über jährlich abgehaltene Schifferschaftstage weisen ferner nach, daß das Amt sich auch noch weiter bei Verwaltung dieser Gesellschaft interessirte.

Aus den neuesten Acten der Schifferschaft Wolfach erhellt, wie die Beklagten oder deren Rechtsvorfahren in diese Gesellschaft aufgenommen worden sind. Dies wird auch von beiden streitenden Theilen zugestanden und sind solche nur in soweit uneinig, als der eine Theil behauptet, sie seien Mitglieder einer offenen, der andere, sie seien Mitglieder einer unbenannten Gesellschaft. Das Wesentlichste hierüber ist schon aus dem Vorstehenden zu

entnehmen und wird weiter unten noch Einiges beigefügt werden.

Darüber, von welchem Gesichtspunkte aus die Verhältnisse der Gesellschafter Dritten gegenüber schon unter Fürstenbergischer Herrschaft angesehen wurden, enthält der producirte Actenfascikel:

> Ordinari-Protocoll, betr. das Schifferthum zu Wolfach und was dahin einschlägt, angefangen mit 9. Mai 1787. 1788 u. s. w. sammt Beilagen.

Aufschluß, in welchem sich ein Protocoll vom 16. Juni 1793 vorfindet, in welchem der damalige Geheimerath und Landvogt v. Schwab auf Anfrage des Vogts und mehrerer Bauern von Schapbach gutachtlich erklärt, es haften die Schiffer für Schulden der Gesellschaft nur mit ihren Einlagen.

So stund nun die Sache, als Wolfach dem Großherzogthum Baden einverleibt und später das neue badische Landrecht mit Anhangssätzen eingeführt wurde. Hierdurch wurden bezüglich der Handelsgesellschaften die A.H.S. 18 bis 50 und für die unbenannten Gesellschaften, insbesondere die S. 29 ff. maßgebend.

In diesen §§. sind über unbenannte Handelsgesellschaften im Wesentlichen dieselben Grundsätze ausgesprochen, wie sie schon nach gemeinem Recht Geltung hatten, über die Gründung solcher Gesellschaften sind aber in der Weise genaue Vorschriften gemacht worden, als darin verlangt wird, sie müssen durch öffentliche Urkunden gestiftet werden. Art. 40 u. s. w. Diese Vorschriften beziehen sich auf erst zu errichtende Gesellschaften und werden für das Großherzogthum Baden durch die Verordnung des großh. Justizministeriums vom 8. Juli 1812, die Offenkundigkeit der Rechtsgeschäfte der Handelsleute betr. noch genauer bestimmt. Noch weiter geht die landesherrliche Verordnung vom 9. August 1827 in No. 19 des Reg.-Bl. vom Jahr 1827, welche vorschreibt:

> „Die Handelsleute sind verbunden, diejenigen früheren Rechtsgeschäfte, die sich auf noch bestehende Verhältnisse beziehen, innerhalb 3 Monaten vom Tage der gegenwärtigen Verordnung an, eintragen zu lassen.“

Namentlich sind dabei genannt, die Auszüge der Gesellschaftsverträge solcher Handelsgesellschaften, welche dermalen noch bestehen.

An die Bestimmungen dieser landesherrlichen Verordnung ist der Richter gebunden,

Stabel, Vorträge S. 23 ff.

und fragte es sich, ob dadurch auch die Schifferschaft Wolfach einen Eintrag ihrer Statuten u. s. w. zu erwirken hatte. Unsererseits glauben wir dies verneinen zu müssen, indem wir der Ansicht sind, daß nur solche Gesellschaftsverträge, die aus der vorbadischen Zeit herrühren, einzutragen sind, welche nicht schon früher die Staatsgenehmigung erwirkt und die damals übliche Offenkundigkeit beobachtet haben. Wie aber nachgewiesen ist, war nach gemeinem Recht Staatsgenehmigung bei Gründung einer unbenannten Gesellschaft nicht vorgeschrieben und hat man erst in neuerer Zeit dies verlangt. Von der Schifferschaft Wolfach wurde die Staatsgenehmigung im Jahr 1769 eingeholt, es lagen die Gesellschaftsverträge, die Urkunden über Ernennung neuer Mitglieder sowie der Geschäftsführer in der Amtsregistratur und sind eine Menge Protocolle über abgehaltene s. g. Schiffertäge von Seite der Behörden aufgenommen worden. Hierdurch haben die Verhältnisse dieser Gesellschaft die nöthige Offenkundigkeit erhalten und wurde bis in die Zeit des Gantausbruchs unter Oberaufsicht des Bezirksamtes Wolfach die Ernennung neuer Mitglieder und Geschäftsführer vorgenommen, was aus den deßfallsigen Acten hervorgeht.

Aus diesen Gründen hält man diese Gesellschaft für eine solche, welche die gemachten Vorschriften gewahrt hat. Unbeachtet geblieben sind theilweise die Bestimmungen der Verordnung vom Jahr 1827, die wir nur für solche vorbadische Gesellschaften für maßgebend halten, welche die Staatsgenehmigung nicht schon vorher erhalten haben. Hätte diese Verordnung auch auf solche Gesellschaften Anwendung haben wollen, so würde es ausdrücklich in demselben bemerkt worden sein. Es ist in ihr nicht gesagt, daß die Nichtbefolgung der vorgeschriebenen Formalitäten auch bei schon früher anerkannten Gesellschaften Nichtigkeit (H.R.S. 42, Abs. 3) zur Folge haben solle und sollte durch sie das Landrecht nicht abgeändert werden. L.R.S. 2.

Die Amtsacten, die Aufnahme des Leonhard Straub in die Schifferschaft dahin betr., enthalten einen Erlaß des Directoriums des Kinzigkreises vom 15. November 1817, in welchem es heißt:

> „Da es nach der neuesten Bestätigung der Schifferordnung vom 12. August 1769 durchaus keinem Zweifel unterliegt u. s. w.“

Wenn hieraus der beklagte Anwalt ableiten will, daß eine Bestätigung in neuester Zeit, also von der großh. Regierung erfolgt sein müsse, so ist er im Irrthum. Der

Ausdruck „neueste Bestätigung" bezieht sich vielmehr auf die Genehmigung vom Jahr 1769, wie ja der **recessus imperii novissimus** auch der vom Jahr 1654 ist. Jedenfalls geht aber aus diesem Erlaß soviel hervor, daß im Jahr 1817 das Directorium des Kinzigkreises die Schifferordnung vom Jahr 1769 als Norm angesehen hat.

Bei Berücksichtigung des bisher berührten Prozeßmaterials haben wir keinen Anstand die Schifferschaft Wolfach als eine unbenannte Handelsgesellschaft anzusehen.

Es handelt sich jetzt noch um Beantwortung der Frage: ob sie diese Qualität verloren hat und sammtverbindlich wurde

a) durch Aenderung ihres Handlungsnamens,
b) durch ausdrückliche Sammtverbindlichkeitsübernahme?

Was den Handelsnamen betrifft, so waren die gewöhnlichen folgende: „Schifferschaft Wolfach, Schifferschaft in oder zu Wolfach, Schifferthum, Schiffer-Compagnie." Alle diese Namen bezeichneten den Gegenstand ihrer Unternehmungen. H.R.S. 30. Durch die Production einer Anzahl öffentlicher und Privaturkunden hat sich nun herausgestellt, daß vom Jahr 1803 an oftmals auch anders unterzeichnet worden ist. Es hat nämlich häufig der jeweilige Cassier (Oberschiffmeister) dem Namen der Gesellschaft auch den seinigen beigefügt, und kommen sogar Fälle vor, wo er nur den eigenen Namen unterschrieben hat. Auf diese Weise entstanden die Unterschriften:

Joseph Maier im Namen der sämmtl. Schiffer.
Namens Joseph Armbruster u. Comp. — Straub.
Schifferschaft Wolfach, im Namen Joseph Armbruster u. Comp. — Johann Straub.
Joseph Ant. Armbruster von obigem (der Schiffahrt-Comp.)
J. Maier u. Comp.
Joseph Ant. Armbruster, Cassier.
Im Namen der Schifferschaft Johann Straub.
Joseph Maier von da, Compagnie.
Joseph Armbruster, Schiffer, im Namen der Compagnie.
Schifferschaft Wolfach per Joseph Maier, Cassier.
Die Schifferschaft dahier, Joseph Armbruster u. Comp. u. dergl.

Darin, daß zuerst die „Schifferschaft" oder ein ähnlicher Ausdruck unterschrieben wurde, und alsdann noch der Name des Cassiers oder seines Stellvertreters beigefügt wurde, findet man nichts Auffallendes. In andern Fällen kam der Handlungsname nur im Context vor und wurde der Name des Cassiers, resp. der dessen Stellvertreters unterschrieben; dies geschah wohl mehr zur Bequemlichkeit und da sich die Unterschrift auf den Inhalt des Vorausgehenden bezieht, so konnte der Geschäftsführer auch in der Weise unterschreiben, weil dadurch Dritte wußten, daß sie mit der Schifferschaft Wolfach verkehrten. Es gibt aber auch Fälle, in welchen „Joseph Armbruster u. Comp. oder Joseph Maier u. Comp.", auch wohl „Joseph Armbruster oder Joseph Maier" allein unterschrieben wurde, ohne daß man aus dem Vorstehenden sehen mußte, daß die Gesellschaft einen andern Namen führe, und hierdurch konnten Dritte in Versuchung kommen, diese Unterschrift als Firma der Gesellschaft anzusehen.

Durch eine solche unbefugte Beisetzung einer Unterschrift war der Cassier nicht im Stande, die Gesellschaftsverhältnisse zu ändern; er hat hierdurch seine Vollmachten überschritten und kann daraus die Gesellschaft keinen Nachtheil leiden. Der Cassier selbst könnte wegen eines solchen Excesses belangt werden, da der Administrator, der sein Mandat überschritten hat, persönlicher Schuldner des Mandanten und Dritter wird.

Schiebe, Lehre von den Handelsgesellschaften §. 337.

Dies ist aber im vorliegenden Falle nicht geschehen. Daß die Firma jeweils auf den Namen des Cassiers mit dem Beisatze „u. Comp." lautete, wie klägerischer Anwalt behauptet, ist unrichtig. Allerdings wurde manchmal von Joseph Armbruster so gezeichnet, in den weitaus meisten Fällen war aber die Unterschrift der Art, daß die Schifferschaft Wolfach genannt wurde.

Damit, daß dem Namen „Joseph Armbruster" der Beisatz „und Compagnie" angefügt ist, wird übrigens durchaus nicht bewiesen, daß alle Gesellschafter sammtverbindlich sind, vielmehr wären alle in der Compagnie begriffenen Personen nur vertraute Gesellschafter, Commanditaire, H.R.S. 23 ff. und hätte die Gesellschaft in Beziehung auf Joseph Armbruster die Natur einer offenen, in Hinsicht der übrigen die einer vertrauten. H.R.S. 24 ff.

Schiebe, Handelsgesellschaften §. 211 ff.

Die Ansichten des großh. Hofgerichts des Mittelrheinkreises, an welches die Appellation ergriffen wurde, über den Charakter der Schifferschaft blieben sich nicht gleich.

In einem Urtheil vom 4. März 1853, dessen Entscheidungsgründe hier folgen, wird sie als eine Zunft charakterisirt. „Das Schifferthum Wolfach, welches sich mit „Holzhandel und Flößerei auf der Kinzig und dem Rhein „befaßte, heißt es dort, ist ausweislich des vom damaligen Landesherrn, Fürsten Wenzel von Fürstenberg bestätigten Grundvertrags vom 12. August 1769 als eine „Zunft mit Körperschaftsrecht" errichtet, und ohne „Aenderung der Statuten bis in die neuste Zeit ihrer „Vergantung fortgeführt worden. Es wurde für ewige „Zeiten gegründet, und mit dem Flößereiprivilegium ausgerüstet; die Statuten durften nur von Obrigkeitswegen „abgeändert werden, und die innere Organisation des „Instituts war nach Aehnlichkeit der Zunftverfassungen „damaliger Zeit eine polizeiliche unter Staatsaufsicht stehende. Diese Schifferschaft bezweckte neben dem Vortheil „der einzelnen Mitglieder zugleich auch eine das öffentliche „Wohl berührende Hebung des Holzhandels, als vorzüglichsten Nahrungszweiges jener Gegend dadurch, daß „die Holzpreise den wechselnden Schwankungen des Handels entzogen, ein regelmäßiger und dauernder Absatz „der Hölzer erzielt, und ein größerer Markt für dieselben eröffnet wurde; auch sorgte sie für Unterhaltung der „Wasserstraße und pünktliche Entrichtung der Wasserzölle. „Alles dieses geht aus den in erster Instanz producirten „öffentlichen Urkunden, insbesondere aus der Stiftungsurkunde und den hierauf bezüglichen Aktenstücken des großh. „Bezirksamts Wolfach unzweifelhaft hervor; die Schifferschaft erscheint hiernach nicht sowohl als eine Gesellschaft, (societas), deren beschränkte Fortdauer und „wechselnde Organisation dem Belieben der Mitglieder „unterliegt, sondern vielmehr, indem die Zünfte allgemein als Privatcorporationen gegenüber dem Fiskus „und der Kirche angesehen wurden (Maurenbrecher des „Priv.-Rechts IV. ed. §. 159. Gerber III. ed. §. 120), „als eine mit juristischer Persönlichkeit ausgestattete Körperschaft (universitas, collegium), deren Vermögen und „Verbindlichkeiten regelmäßig (Thibaut, Pand. §. 219) „das Privatvermögen einzelner Mitglieder nicht berührt, „und deren Verwaltung, von dem übrigen Staats- und „Privatvermögen getrennt, in Gemäßheit bestehender „Statuten und Uebung unter Staatsaufsicht geschieht. „L.R.S. 537."

„Die Schifferzunft in Wolfach ist als in der Zunftverfassung inbegriffen von der badischen Landesgesetzgebung beibehalten worden (VI. Const.-Edict §. 23—25, „Mittermaier d. Pr.-Recht IV. ed. §. 452), weßhalb „der in I. Instanz producirte Reg.-Erlaß vom 15. Oktober 1817 sich auf das obgedachte Fundamentalgesetz bezieht, gleich wie früher das Amtsprotokoll vom 16. Jänner 1793 in Gemäßheit desselben das Corporationsvermögen als ein gesondertes, den schifferschaftlichen Verbindlichkeiten solidarisch Verhaftetes erklärt hatte. Da „die Gläubiger der Schifferschaft von den obgedachten Verhältnissen vollkommen unterrichtet waren, oder durch „Acteneinsicht sich vergewissern konnten, so ist wohl mit „Grund anzunehmen, daß sie weniger den wechselnden „Mitgliedern, als vielmehr dem ewigen Bestand des „Schifferthums und dessen Grundstockvermögen ihr Vertrauen geschenkt, und langjährige Handelsverbindungen „unterhalten haben".

In einem spätern Urtheil desselben Gerichtshofs vom 24. Juni 1853 wird dagegen anerkannt, daß die Schifferschaft eine Handelsgesellschaft war, ihr dagegen übereinstimmend mit dem Urtheil erster Instanz, der Charakter einer unbenannten Gesellschaft vindicirt, wie aus den nachfolgenden Entscheidungsgründen hervorgeht.

„Aus der Stiftungsurkunde vom 12. August 1769 „geht hervor, daß die Schifferschaft Wolfach einen doppelten Charakter hatte — sie war einerseits eine Zunft, „deren Mitglieder das Flößereigewerbe ausschließlich zu „betreiben befugt waren, und andererseits war sie eine „Handelsgesellschaft, die den Holzhandel zu „eigenem Gewinn, auch ausschließlich betreiben durfte. „Als Zunft kommt sie hier nicht in Betracht; denn wenn „die Mitglieder der Schifferschaft auch ausschließlich das „Flößereigewerbe auf der Kinzig treiben durften, so konnten sie immerhin dies auch mit fremdem Holz thun, wodurch sie mehr die Eigenschaft von Waarenversendern „oder Fuhrleuten erhalten haben würden."

„Die Schifferschaft hat aber eigenen Handel getrieben; „sie hat nicht blos die Weiterbeförderung des Holzes „auf der Wasserstraße vermittelt, sondern das Holz selbst „angekauft, um es mit Vortheil für die Gesellschaft wieder zu verkaufen. In dieser Beziehung war sie eine Handelsgesellschaft, und hat auch zum Betrieb ihres Handels „(nicht aber zu eigentlichen Zunftzwecken) Kapitalien aufgenommen."

„Wenn man nun die Gründungsurkunde mit den Gesetzen vergleicht, so kann man in der Schifferschaft Wolfach nur die Eigenschaften einer unbenannten Handelsgesellschaft wieder finden. A.H.S. 29—40. 45."

„Sie benannte sich nach ihrem Gegenstande — Schif„ferschaft Wolfach — das Verschiffen oder Verflößen von „Holz zu eigenem Gewinn war ihr Geschäft, und Namensur„sprung — sie war durch Gewalthaber verwaltet, auf Zeit und „widerruflich, welche nur innerhalb der Grenzen ihres Auftrags „zu handeln hatten, und verantwortlich waren; — das Kapital der „Gesellschaft bestand in Actien (1500 fl. im höchsten Stand „auf das einzelne Mitglied) — die Gesellschaft erhielt „durch Erlaubniß der Regierung ihre Entstehung und „ihren Fortbestand (fürstlich Fürstenbergische Urkunde von „1769) — sie ist in öffentlicher Urkunde errichtet; diese „ist zur öffentlichen Kenntnißnahme bei dem Amt Wolfach „hinterlegt, die Aufnahme von neuen Gesellschaftern ge„schah unter Mitwirkung desselben Amts, und war in „dessen Acten beurkundet und ersichtlich."

„Diese in der Stiftungsurkunde schon begründeten „Eigenschaften sind nicht verändert worden, und konnten „auch durch etwaige einzelne willführliche Schritte irgend „eines einzelnen Mitglieds nicht verändert werden. Es „findet daher auch die Bestimmung des Satzes 33 des „H.R. auf die Schifferschaft Wolfach Anwendung, wor„nach die Gesellschafter nicht für mehr als ihren Einlags„Antheil in der Gesellschaft durch Verlust verbindlich wer„den. Sollten sich die Mitglieder, einzelnen ihrer Gläu„biger gegenüber, durch besondere Akte sammtverbindlich „gemacht haben, so können nur diese sich darauf berufen; „denn die Sammtverbindlichkeit fließt hier nicht aus dem „Gesellschaftsverhältniß, sondern kann nur die Folge dieser „besondern Akte sein."

„Da nun das Urtheil des Unterrichters diesen Grund„sätzen gemäß erlassen worden ist, so erscheint seine Be„stätigung gerechtfertigt."

Das großh. Oberhofgericht bestätigte die Urtheile der vordern Instanzen aus folgenden Gründen:

„Nach den gelieferten urkundlichen Nachweisungen über „die Entstehung und Verfassung der Wolfacher Schiffer„zunft war dieselbe nach der heutigen Begriffsbezeichnung „eine unbenannte Gesellschaft, jedoch in Form und mit „den Rechten einer Corporation, wie dieses bei derartigen „gewerblichen Unternehmungen, sowohl unter dem römi„schen als unter dem deutschen Privatrechte sehr häufig „vorkam."

v. Savigny, röm. Recht S. 255.

Mittermaier, deutsches Privatrecht §. 557.

„Da nun die Verträge solcher Vereine die einzelnen „Mitglieder nicht persönlich, sondern nur das Vermögen „des Vereins oder das Einlagekapital verpflichten, so „könnte dem Begehren der Klage nur dann entsprochen „werden, wenn nachgewiesen wäre, daß die Schifferzunft „zu Wolfach später ihre rechtliche Natur verändert und sich „insbesondere in eine offene Handelsgesellschaft im Sinne „unseres Handelsrechts verwandelt habe."

„Dieser Beweis liegt aber nicht vor. Ihrer Fort„dauer in der frühern Gestalt stand die neuere badische „Gesetzgebung über Corporationen nicht entgegen, und „wenn der Verein als Corporation fortdauerte, so konn„ten eben deßhalb die gesetzlichen Verordnungen über „Handelsgesellschaften keine Anwendung darauf finden."

„Ebensowenig sind andere Acten behauptet und nach„gewiesen worden, welche eine solche Umwandlung zu be„wirken geeignet gewesen wären."

„Insbesondere konnte die Form und Bezeichnung, in „welcher einzelne Mitglieder der Zunft mitunter einzelne „Verpflichtungen eingegangen haben, das rechtliche Wesen „derselben nicht ändern."

Dr. Ladenburg

II.

Ist das Rechtsmittel der Beschwerdeführung zuläßig gegen Erkenntnisse, welche wegen Nichtbefolgung einer einstreitigen Verfügung Geldstrafen aussprechen.

§. 1199, Ziff. 5 P.O.

Zentner, Rechtsmittel S. 251. 253.

Zwischen den Nachbarn Franz und Bornhäuser schwebt ein Besitzprozeß über ein Durchgangsrecht ob. Dem letzteren war durch einstweilige Verfügung bei Vermeidung einer Geldstrafe von 25 fl. aufgegeben worden, seinem Nachbar bis zur endlichen Erledigung des Rechtsstreits den Weg zum Durchgehen offen zu halten, und als er dieser Verfügung nicht nachkam, wurde er mit der angedrohten Geldstrafe belegt. Hiergegen hat er das Rechtsmittel der Beschwerdeführung ergriffen. Das mittelrheinische Hofgericht hat dieses Rechtsmittel zugelassen. Die Ansichten waren jedoch hierüber getheilt. Die Hauptgründe für Zulassung waren, daß §. 1199, Ziff. 5 P.O. keinen Unterschied mache zwischen den verschiedenen Arten der Geldstrafe, ob solche gerichts-

polizeilicher Natur, oder ob sie in Folge einer Androhung auf Begehren einer Parthei ausgesprochen worden seien; wo aber das Gesetz nicht unterscheide, da dürfe auch der Richter nicht unterscheiden. Es liege — führte man weiter aus — auch in dem Geiste der neuen P.O. der Billigkeit Rücksicht zu tragen und ohne den muthwilligen Berufungen Eingang zu verschaffen, gleichwohl einen wohlfeilern und bequemern Weg den Partheien zu öffnen, auf dem ihre Ansprüche einer wiederholten Prüfung sich erfreuten. Dies zeige die Einführung der vor dem Unterrichter zu pflegenden Appellation; dies zeige auch §. 1199, Ziff. 6 P.O. Ueberdies könnte, wenn man hier die Beschwerdeführung für unstatthaft erkläre, ein Rechtsmittel kaum irgendeinmal dem unrichtiger Weise Verurtheilten zu Statten kommen, da wohl selten so große Geldstrafen erkannt würden, daß ihre Größe die Appellationssumme erreicht.

Die Minderheit hielt den letzten Grund nicht für durchschlagend, weil alle ihrer Größe nach nicht appellabeln Rechtsstreite, wobei es sich oft um viel wichtigere Gegenstände handelte, auch nicht zur Prüfung durch den Oberrichter gelangten. Für die Verwerfung des Rechtsmittels wurde geltend gemacht: Die Zusammenstellung der Verweise und Geldstrafen in Ziff. 5, §. 1199 P.O. zeigt, daß die Geldstrafen, welche gemeint werden, rein gerichtspolizeilicher Natur sind; dies geht auch aus der Ausdrucksweise „widerrechtlich erkennt" hervor. Der Civilrichter erkennt als solcher nicht widerrechtlich. Die Ziff. 4 zeigt auch den Gedankengang, welcher den Gesetzgeber leitete. Die Beschwerdeführung soll zugelassen werden a) wenn der Richter die vor ihm erscheinenden Personen ungebührlich behandelt, b) wenn er sie widerrechtlich straft, sei es mit Verweisen, sei es mit Geldbußen. Schon hieraus geht hervor, daß der Grund der Geldstrafe, gegen welche §. 1199, Ziff. 6 P.O. Abhilfe gewähren soll, eine Willkühr des Richters ist. Wesentlich verschieden davon ist der Grund zu Geldstrafen, welche wegen Verletzung der Privatrechte erkannt werden. Wenn gegen die Geldstrafen Beschwerdeführung zuläßig ist, so muß gegen ihre Grundlage, gegen die Verfügung, wodurch die Geldstrafe erst angedroht, daher dem Vermögen der Parthei ein wirklicher Nachtheil noch nicht zugefügt wird, auch die Beschwerdeführung zugelassen sein; und nicht das Rechtsmittel der schwierigeren, mit mehr Formen umkleideten Appellation. Gegen einstreitige Verfügungen, wodurch bei Vermeidung einer Geldstrafe ein Thun oder Lassen angeordnet wird, findet aber nur das Rechtsmittel der Appellation statt. § 684. 685 P.O. Dies erklärt sich daraus, weil hier es sich um Vermögensrechte handelt, weil hier, wenn auch nur für eine bestimmte Zeit, etwas zu- oder aberkannt wird. §. 1125 P.O. Wenn aber gegen ein Erkenntniß, auf das hin die Geldstrafe allein zuläßig erscheint, das Rechtsmittel der Appellation ausdrücklich verordnet ist, so kann für die im einzelnen Falle eintretende Folge dieses Erkenntnisses nicht eine andere Art der Rechtsmittel gegeben sein.

Hiezu kommt aber, daß die Geldstrafe dem Kläger zugesprochen worden ist. Es handelt sich daher, wenn man speciell den vorliegenden Fall ins Auge faßt, darum, ob auf dem Wege der Beschwerdeführung ein einen Vermögenstheil zuerkennendes Urtheil abgeändert werden kann. Dies muß aus dem Wesen des Rechtsmittels der Appellation verneint werden.

Man kann auch die Frage aus dem Gesichtspunkte betrachten, daß die Geldstrafe hier ein Gegenstand der Vollstreckung ist und schon darum das Rechtsmittel der Beschwerdeführung nicht Platz greife. Von diesem Gesichtspunkte ging der klägerische Anwalt aus, welcher sich mit folgenden Worten gegen die Zulassung der Beschwerdeführung erklärte: „§. 1199, Note 5 scheint mir nicht anwendbar, wo es sich um eine im Vollstreckungswege erkannte Geldstrafe handelt. Diese Strafe wurde nämlich nach §. 946, resp. §. 682 P.O. gegen den Beklagten, und zwar weil er der richterlichen Verfügung keine Folge leistete, erlassen. Es liegt somit lediglich der Vollzug eines ergangenen Erkenntnisses vor, gegen welchen eintretenden Falls nur Einsprache möglich ist."

Ottendorff.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXI. | No. 2. | Mannheim, 7. Januar 1854.

I.

Die Beweiserkenntnisse (P.O. §. 355. 1174. 1197) sind nicht nur den Anwälten, sondern auch den Partheien selbst zu verkünden.

(Annalen XX., S. 176. 201. 351. 362.)

Schon in der ersten Mittheilung über diese Frage bat ich um Entschuldigung, daß ich sie zum Gegenstand einer ausführlicheren Erörterung mache; um so mehr bedarf es dessen jetzt, da ich mir erlaube, nochmals darauf zurückzukommen. Einigermaßen ermuthigt mich dabei die Hoffnung, daß die Sache selbst durch die letzte Vertheidigung der gegentheiligen Ansicht ein neues Interesse gewonnen hat. Deren blühende, schwunghafte, fast dichterische Sprache hat gewiß nicht verfehlt, unserer kleinen Formfrage eine große Anziehungskraft zu verschaffen. Niemand wird mehr, als ich es thue, das Ansehen achten, welches bewährte Kräfte und wirkliche Verdienste meinem verehrten Herrn Gegner verleihen, aber das, was man als wahr erkannt hat, muß man auch vertreten.

Vor Allem gestehe ich offen — und selbst das beliebte Schlagwort „Formalismus", „Formalist" schreckt mich nicht davon zurück — daß ich das Gesetz zunächst im Gesetze suche. Wandelbar sind die menschlichen Meinungen; was heute als Wahrheit gilt, wird vielleicht morgen als Irrthum verspottet, und diesem Schwanken soll gerade das Gesetz ein Ende machen, indem es eine feste Richtschnur gibt. Natürlich bedarf das Gesetz, wie jedes andere Menschenwerk, der fortschreitenden Verbesserung, doch das ist Sache des Gesetzgebers; todt ist der Buchstabe, Wissenschaft und Praxis sind es, welche durch Erläuterung und Anwendung ihm Leben einhauchen, also beleben sollen sie das Gesetz, nicht aber es zerstören; sie sollen auf Abhülfe der Mängel des Gesetzes dringen, nicht aber eigenmächtig selbst einschreiten. Nicht eine Erfindung der Neuzeit, sondern eine allbekannte Erscheinung ist das Bestreben, das Gesetz wegzudeuteln und an dessen Stelle die Tagesmeinung oder gar sein eigenes Gutdünken zu setzen. Wohl sieht das glänzender aus, als die altväterische Denkweise, welche das Gesetz als eine feste Burg ehrt, an der man nicht rütteln soll, aber gefährlich dünkt es mir, da es die Stabilität des Rechts, diesen Grundpfeiler der Gerechtigkeit, unrettbar Preis gibt. Nach meinem Glaubensbekenntniß muß jeder Ausspruch des Gesetzes, welcher an sich klar und nicht mit andern gesetzlichen Bestimmungen im Widerspruch ist, unverkümmert und unverkürzt so zur Anwendung kommen, wie er lautet. Ita lex est! das ist ein guter Spruch!

Nun sagt §. 365 P.O.: „Es gelten hinsichtlich der Verkündung desselben (des Beweiserkenntnisses) die Bestimmungen, welche über die Verkündung der Urtheile überhaupt gegeben sind." Dies ist doch wahrlich so deutlich, als möglich, gesprochen, und heißt: suche, welche Bestimmungen über die Verkündung der Urtheile gegeben sind und wende sie auf die Verkündung der Beweiserkenntnisse an! Befolgt man diese Weisung, so findet man bei §. 340 die Randbemerkung „Verkündigung und Ausfertigung" und erst bei §. 347 steht ein anderer Anzeiger, mithin müssen diese §§. 340 bis mit 346 die gesuchten Gesetzesbestimmungen sein, und sie sind es auch ihrem Inhalt nach; nur muß man noch die zweckmäßige Beschränkung im letzten Satze des §. 347 dazu nehmen. Darin steht genau das, was die von mir vertheidigte Ansicht geltend macht. Bei dieser einfachen Manipulation sieht man auch, daß im §. 365 nicht auch der §. 348 gemeint sein kann; weil dieser letztere laut seiner selbstständigen Firma „Belehrung über die Rechtsmittel" ein besonderes Dasein führt; ferner zeigt es sich dabei, daß §. 366 keine Wiederholung seines Vorgängers ist, viel-

mehr seine Berechtigung darin hat, daß er ein Zwillingsbruder des in §. 365 nicht inbegriffenen §. 347, Abs. 1 ist. Mögen vielleicht auch, wie nicht ohne Grund bemerkt wird, andere Stellen der Prozeßordnung durch ihre Fassung gewissen Zweifeln Raum geben, bei dem §. 365 ist dies nicht der Fall.

Die wortgetreue Anwendung soll nach der gegentheiligen Ansicht zu einem Widerspruch mit den übrigen Bestimmungen der Prozeßordnung führen, weil die Beweiserkenntnisse nicht die Rechtskraft beschreiten, vom Richter später wieder geändert werden können, und bei den Gerichtshöfen auch ohne vorherige mündliche Verhandlung erlassen werden dürfen, ferner weil nur die der Rechtskraft fähigen Erkenntnisse und gewisse prozeßleitende Verfügungen außer den Anwälten auch den Partheien zu verkünden sind, endlich weil im mündlichen Verfahren die Beweisauflagen nur den Anwälten eröffnet werden. Das Letztere ist aber nur eine nothwendige Folge der Vorschrift des §. 637, daß jede beweispflichtige Parthei in der nämlichen Tagfahrt ihre Beweise anzutreten hat, da es damit unvereinbar wäre, eine Verkündung der Beweisauflage an die meist gar nicht anwesende Parthei vorzunehmen; mithin läßt sich daraus ein allgemeiner Grundsatz für die Verkündung der Beweisinterlocute nicht ableiten. Ebensowenig als §. 637 für das schriftliche Verfahren und für die Verhandlung der ordentlichen Appellation und der Oberappellation gilt und gelten kann, ebensowenig haben die daraus gezogenen Folgerungen einen Werth für diese. Obwohl man es für „sprachlich und rechtlich" unrichtig erklärt hat, so scheint es mir doch jetzt noch, daß der Gesetzgeber die Beweisinterlocute des mündlichen Verfahrens mit dem besonderen Namen „Beweisauflage" bezeichnet hat, und finde den Beleg dafür in den gleichmäßigen Ueberschriften der früher erwähnten §§. 636. 1189 und des weiteren §. 828 in Vergleich mit Tit. XVIII., ferner in der gleichfalls früher hervorgehobenen Aenderung der Fassung des §. 1189; (Annalen XX., S. 352) hieraus und aus der damit harmonirenden größeren formellen Einfachheit dieser Beweisauflagen scheint mir allerdings eine Unterstützung der von mir vertheidigten Ansicht hervorzugehen. Den gegnerischerseits angeführten §. 356. 367. 368 könnte man auch noch die Ueberschrift des §. 1197 beifügen, allein dies zeigt nur, daß der Ausdruck „Beweisauflage" auch in einem weiteren Sinne vorkommt, widerlegt jedoch nicht, daß er nach der Prozeßordnung ebenfalls eine engere und technische Bedeutung hat. So versteht man unter Erkenntniß im Allgemeinen alle richterlichen Bescheide, dagegen beschränkt man es im engeren Sinne auf einzelne Arten der Bescheide, im Gegensatz zu wirklichen Urtheilen.

Hat die Prozeßordnung aus überwiegenden Gründen, wie mir vollkommen einleuchtet (Weiler, Motive S. 34) den Beweiserkenntnissen die Rechtskraft genommen und eben deßhalb ganz folgerichtig nachträgliche Abänderung (P.O. §. 368) und neuerdings deren Erlassung ohne vorherige mündliche Verhandlung gestattet (P.O. §. 1174, Abs. 2), so hätte der Gesetzgeber vielleicht auch noch einen Schritt weiter gehen und die Beweiserkenntnisse ganz den prozeßleitenden Verfügungen gleichstellen können. Das ist aber nicht geschehen, denn §. 364. 366 bewahren den Beweiserkenntnissen ihr feierliches Gewand, daher darf man auch aus dem vermeintlichen Willen des Gesetzgebers nichts folgern, was mit dessen ausdrücklichem Gebot in §. 365 in Widerspruch steht. Weil nun die Beweiserkenntnisse nicht zu einfachen Verfügungen degradirt sind, so fallen sie auch nicht unter die Regel, welche über die Verkündung solcher Beschlüsse besteht. Durch §. 331. 334. 339 mit 364, Abs. 2 (vergl. auch §. 856) werden die Beweiserkenntnisse als Zwischenurtheile, mithin als eine Art der Urtheile, aufgefaßt, demnach erscheint es ganz naturgemäß, daß sie, wie in §. 364. 366 hinsichtlich der Form, auch bezüglich der Verkündung nach den für Urtheile geltenden Regeln behandelt werden.

Den Widerspruch, welchen die gegnerische Ansicht geltend macht, vermag ich daher nicht zu entdecken, dagegen scheint mir, wenn man die Verkündung der Beweiserkenntnisse auf die Anwälte beschränkt, manches unpassende einzutreten. Sonderbar ist es nämlich, das Beweiserkenntniß theilweise, wie oben hervorgehoben wurde, als eine Art von Urtheil und theilweise als einfache Verfügung zu behandeln; zwecklos ist dann dessen äußere feierliche Form. Bei der Verbindung von Beweiserkenntniß und Urtheil (§. 331. 334) muß entweder eine ungeeignete Trennung vorgenommen, oder es muß für einen einzelnen Fall eine Ausnahme in der Verkündung der Beweiserkenntnisse zugelassen werden. Das stillschweigend kraft Gesetzes stattfindende Beginnen und Ablaufen der Frist zum Gegenbeweise (P.O. §. 361 und Note **) zu diesem §. in der Zusammenstellung der bürgerlichen Prozeßordnung, Beil. 1 zum Prot. der 67. öffentl. Sitzung vom 7. Januar 1851, S. 358 des VII. Beil.-Hefts der Ständeverhandlungen, II. Kammer von den Jahren 1850 und

1851) wird noch weit strenger als es in Vergleich mit §. 608. 611 jetzt schon ist, wenn man der Parthei selbst keine Nachricht von dem Beweiserkenntniß gibt. Die Vorschrift am Schlusse des §. 637 ist eine Folge des bei dem mündlichen Verfahren maßgebenden Trachtens nach Kürze.

Hinsichtlich der für die gegnerische Ansicht vorgebrachten rechtsgeschichtlichen Gründe verweise ich, um Wiederholungen zu vermeiden, auf meine frühere Ausführung. Darnach muß man meines Erachtens den §. 365 entweder als ein arges Versehen betrachten, oder aber man muß ihn mit mir als absichtlich erlassen ansehen; bei solcher Alternative wird mir wenigstens die Wahl nicht schwer. Dabei bestimmt mich noch weiter der Grund, daß wir über das Zustandekommen der neuen Prozeßordnung nach dem Zeugniß eines Mitglieds der damaligen Ständeversammlung (Zentner, Rechtsmittel II. Aufl., S. 157, Note *) keine vollständigen Nachrichten besitzen, und deßhalb das Stillschweigen der Quellen, welches gegnerischerseits hervorgehoben wird, ohne Gewicht ist.*) Auch das kommt in Betracht, daß bei der sogenannten beschränkenden Auslegung in Wahrheit von dem §. 365 nichts übrig bleibt, als die Anwendung der Vorschrift des Schlußsatzes von §. 347, Abs. 2, die sich schon von selbst versteht, denn Alles, wozu nach der gegnerischen Ansicht der §. 365 noch dienlich sein soll, ergibt sich auch ohne diesen §. aus den Bestimmungen von §. 247. 255. 264. 265. 364. 366. Auch innere Gründe sprechen für die von mir bevorwortete Aufrechthaltung des §. 365, wie sich schon aus den bisherigen Erörterungen entnehmen läßt. Wenn bei uns die Beweiserkenntnisse nicht rechtskräftig werden, so verlieren sie dadurch nicht jene Wichtigkeit, welche sie vor prozeßleitenden Verfügungen auszeichnet, und die eben andere Gesetzgebungen bestimmte, diesen Erkenntnissen die Rechtskraft zu verleihen. Zeuge davon ist §. 149 und 150, sowie die oben erwähnte oft höchst wichtige Befugniß zur Gegenbeweisführung. Erfahrungsgemäß sind die Anwälte meist veranlaßt, nach Empfang des Beweiserkenntnisses neue Instruction von ihrer Parthei einzuholen, also bedarf die Parthei des Beweiserkenntnisses. Anders verhält es sich bei der Zuschiebung und Annahme von Eiden, weil dann der Anwalt für das Beweisverfahren instruirt ist und über das einzelne Beweismittel sich erklären kann. Ohnehin läßt sich eine solche Einzelnheit nicht mit dem Ganzen vergleichen. Ist daher auch die früher vorgeschriebene Specialvollmacht hier erlassen worden, so läßt sich daraus nichts für unsere Frage folgern. Gerade weil Beweiserkenntnisse jetzt nur noch in den wichtigsten Fällen, nämlich in dem auf die schwierigsten Rechtsstreite beschränkten Verfahren bei den Unterrichtern und in den Verhandlungen von Oberappellationen und ordentlichen Appellationen vorkommen können, gerade deßhalb muß man ihnen eine besondere Bedeutsamkeit beilegen. Ueberdieß beginnt mit den Beweisauflagen des mündlichen Verfahrens nicht in gleicher Weise, wie dies bei den Beweiserkenntnissen der Fall ist, ein neuer Abschnitt des Rechtsstreits, denn zufolge §. 630 und 637 ist schon die erste Tagfahrt zur Verhandlung des ganzen Rechtsstreits bestimmt, soweit nicht die Beweiserhebung z. B. Zeugenabhör ein natürliches Hinderniß bildet, oder aber die Ausnahme des §. 640 eintritt.

Daß nach der Consequenz der von mir vertheidigten Ansicht ein in der Verkündungstagfahrt ausbleibender Anwalt keine Ausfertigung des Beweiserkenntnisses erhält, kann allerdings nachtheilige Folgen haben, allein dem wird größtentheils dadurch abgeholfen, daß die Parthei selbst Kenntniß von dem Beweiserkenntniß hat und dieser Nachtheil wird in noch größerem Maßstabe eintreten, wenn diese Vorschrift bei der Urtheilsverkündung angewendet wird. Die Parthei verläßt sich darauf, daß der Anwalt das Rechtsmittel anzeigen, oder sie wenigstens darüber befragen werde, Beides geschieht aber nicht, weil der Anwalt von dem Urtheile nichts weiß, und so wird dieses rechtskräftig. Namentlich bezüglich der hofgerichtlichen Urtheile ist dies Bedenken praktisch und hat sogar schon dazu geführt, daß man gegen die ausdrückliche Erklärung in den Regierungsmotiven zu Art. XXIV. XXV. des Entwurfs (fünftes Beilagenheft S. 131) und ungeachtet

*) Der Präsident der II. Kammer setzte nach S. 184 des Protokollhefts die Kammer in Kenntniß, daß die Subkommission nunmehr eine Zusammenstellung der ganzen Prozeßordnung nach den Beschlüssen der beiden Kammern neu aufgestellt und dabei zugleich diejenigen Aenderungen, welche in Folge dieser Beschlüsse zur Herstellung des Einklangs auch bei den anderen Paragraphen nothwendig wurden, vorgenommen habe. Diese Zusammenstellung ist bekanntlich die Grundlage der neuen Prozeßordnung. Verbindet man damit das Einführungsedikt und den Art. I. der Schlußbestimmungen dieses Gesetzes und erwägt man das, was Stabel, Vorträge über das fr. und bad. L.R.S. 92 und S. 96 sagt, so läßt es sich meines Dafürhaltens nicht rechtfertigen, wegen des früheren Zustandes der Dinge und wegen des Stillschweigens der Quellen die an sich klare Bestimmung des §. 365 wegzuinterpretiren.

D. E.

der Nichtaufnahme des §. 384b. der Prozeßnovelle dem in der öffentlichen Sitzung ausgebliebenen Anwalt eine Urtheilsausfertigung zustellen ließ. Dies ist nun zwar unrichtig, allein es ist doch ein Beleg für meine Behauptung. Die Saumsal des Anwalts und das allzugroße Vertrauen der Parthei mögen ihre Ahndung finden, ebenso wie bei den Urtheilen, so bei den Beweiserkenntnissen; Hinsichtlich der letzteren gewährt übrigens die Vorschrift des §. 608. 611 der Parthei noch einen besonderen Schutz.

Alle diese Betrachtungen meiner Schlußerklärung werden, so wage ich zu hoffen, die Ansicht rechtfertigen, daß die Vorschrift des §. 365 unverkümmert zur Anwendung kommen kann und muß; die Sache ist spruchreif und die Praxis wird entscheiden. Dieselbe wird jedoch zu beachten haben, daß im Falle einer Meinungsverschiedenheit zwar L.R.S. 6k. wegen P.O. §. 1128, O.Z. 3 helfen kann, daß dies aber doch nur eine Nothbrücke ist und daß, wenn ohne Verkündigung des Beweiserkenntnisses an die Parthei die Beweise durch Versäumungserkenntniß für ausgeschlossen erklärt wurden, der von mir früher ebenfalls erwähnte §. 1131 Platz greifen wird und muß. (P.O. §. 1172, O Z. 6.)

Dr. Puchelt.

II.

1) Ueber die Beweiskraft der in einem standesherrlichen Archiv aufbewahrten Urkunden und der aus der Zeit vor der Mediatisirung kommenden Rechnungen einer ehemals zur Reichsritterschaft gehörenden Grundherrschaft.

2) Ein Anerkenntniß im Sinne von L.R.S. 695 ist nur vorhanden, wenn die Erklärung des Pflichtigen gegenüber dem Berechtigten geschehen ist.

3) Die Beraine und andere Rechtsurkunden über Erb-Gülten und Zinsen verlieren ihre Beweiskraft durch dreißigjährigen Zeitverlauf selbst dann, wenn inzwischen die Abgabe fort entrichtet wurde.

4) Solche als Rechtstitel nicht mehr dienliche Urkunden dürfen dessen ungeachtet bei dem Beweise der unvordenklichen Verjährung in Betracht gezogen werden.

5) Zum Beweise der unvordenklichen Verjährung von Erb-Gülten und Zinsen genügt es, wenn dargethan wird, daß das in Anspruch genommene Recht im letzten und vorletzten Menschenalter, vom 1. Januar 1810 rückwärts gerechnet, ausgeübt worden ist, ohne daß man seinen Anfang kennt.

J. S. der freiherrlich von Hornstein'schen Grundherrschaft zu Binningen gegen Mathias Bommer zu Welschingen, Erbgült und Zins betreffend, hat das Hofgericht des Seekreises durch abänderndes Urtheil vom 24. Mai l. J. dem Kläger das angesprochene Recht zuerkannt und ist dies Urtheil rechtskräftig geworden, nachdem der oberste Gerichtshof die Oberappellation des Beklagten durch Erkenntniß vom 25. Oktober l. J. wegen mangelnder Oberappellationssumme als unstatthaft verworfen hat. Die hofgerichtlichen Entscheidungsgründe, welche auch über das Thatsächliche hinreichenden Aufschluß geben, lauten folgender Maßen:

Durch das Geständniß des Beklagten in Verbindung mit dem Lehenbriefe vom 2. Juni 1843 und den Erbtheilungsakten vom Jahr 1839 ist dargethan, daß der als Kläger aufgetretene Freiherr J. N. von Hornstein dermalen als Vasall- und Nutzeigenthümer die Grundherrschaft Binningen besitzt. Eben daraus ergibt sich, daß diese Grundherrschaft die getreue Inhaberin des mit der vorliegenden Klage verfolgten Gült- und Zinsrechts ist. Zufolge seines weiteren Geständnisses ist der beklagte Besitzer und Eigenthümer der als belastet bezeichneten Liegenschaften und sind letztere identisch mit den in den klägerischen Beweisurkunden (Urbar vom Jahr 1760 und 1761. Berain vom Jahr 1828) genannten Grundstücken. Die Entscheidung des Rechtsstreits hängt demnach nur davon ab, ob der klagende Theil bewiesen hat, daß er das fragliche Recht durch die vor dem 1. Jannar 1810 vollendete, unvordenkliche Verjährung erworben hat, oder daß sein Recht durch gültige Rechtstitel gedeckt ist.

Die in erster Reihe angerufenen Urkunden, nämlich der Lehenbrief und die Erbtheilungsakten, sind für diesen Beweis ganz unerheblich, da bei deren Errichtung weder der Beklagte noch einer seiner Rechtsvorfahren mitgewirkt hat. Das Urbar vom Jahr 1684 wurde nur in einem

ganz formlosen Auszuge producirt und benennt überdies zwar die Abgabe, aber nicht das pflichtige Gut, ist also gleichfalls ohne Belang. Prüft man die übrigen Urkunden zunächst in der Richtung des Beweises eines Anerkenntnisses der Erbdienstbarkeit, so erscheint das Urbar vom Jahr 1760/61 als die wichtigste, da es nach Form und Inhalt jenen Beweis vollkommen liefern würde. Diese Urkunde hat jedoch, wie der Beklagte ausdrücklich geltend machte, gemäß L.R.S. 710 f.c. und L.R.S. 2281 ihre Beweiskraft als Rechtstitel durch dreissigjährigen Zeitverlauf verloren, weil sie nicht zuvor erneuert worden ist. Hieran wird auch dadurch nichts geändert, daß der Beklagte geständig ist, die fraglichen Zinse und Gülten vom Jahr 1836 bis Martini 1841 entrichtet zu haben, denn die Ansicht, wonach wegen eines solchen Vorgangs die Verjährung des L.S.S. 710 f.c. ausgeschlossen sein soll, (Annalen Jahrgang XV., No. 19, S. 132 Note **) ist unrichtig. Jene Gesetzesstelle gibt durch ihre Fassung zu erkennen, daß überall, wo nicht inzwischen eine Erneuerung vorgenommen, oder, was dem natürlich gleichstebt, ein neues Anerkenntniß gegeben wurde, der dreissigjährige Zeitverlauf den Urkunden ohne Rücksicht auf die sonstigen Verhältnisse die Eigenschaft eines beweisenden Rechtstitels nimmt. Gerade um dies auszudrücken, wurde nach dem Zeugniß von Brauer Bd. IV., Bem. 42, S. 322 der Zusatz 710 f.c. so gefaßt, wie er jetzt lautet.*)

Die Reichsfreiherrlich von Hornstein'schen Amtsrechnungen für die Jahre 1775 bis 1778 sind keineswegs Hausbücher im Sinne des L.R.S. 1331, sondern in Betracht der damals der Reichsritterschaft zustehenden beschränkten Hoheitsrechte eine Art von öffentlichen Urkunden, deren Beweiskraft jedoch nicht allein durch die Form, sondern auch durch den Inhalt bedingt ist. Sie können nämlich wohl den Eingang gewisser Gefälle, nicht aber auch deren Rechtsgrund darthun, denn Jenes allein gehört in den Geschäftskreis der Rechnungsbeamten, da ihre Obliegenheit und Befugniß sich auf den Einzug und die Verrechnung der Gefälle beschränkt. Wenn dagegen in den Rechnungen zugleich ohne Mitwirkung der Pflichtigen die Pflicht selbst festgesetzt wird, so liegt dies außerhalb der Amtsbefugnisse und ist ein einseitiges Vorgehen im Interesse der Herrschaft, hat also keinen Anspruch auf Rechtswirkung. Deßhalb hat die der Rechnung für 1775/76 beiliegende Observationstabelle, welche einen Beschrieb der zu Gunsten der Herrschaft Binningen bestehenden Lehen, Gülten und Grundzinsen enthält, als solche einseitige Anfzeichnung keinen andern Werth, als das Verständniß der Rechnungen zu ermöglichen. Ein Rechtstitel läßt sich daher aus diesen Urkunden nicht entnehmen, übrigens würde dessen beweisende Kraft wegen der eingetretenen Verjährung nicht mehr bestehen.

Die Beweiserneuerung der Grundherrschaft Binningen ist allerdings durch das von dem Amte Blumenfeld aufgenommene Schlußprotokoll vom 6. August 1828 gehörig legalisirt, dagegen gewährt sie für die vorliegende Frage keine Ausbeute, denn nicht der Eigenthümer der belasteten Liegenschaften, sondern ein nicht legitimirter Vertreter desselben hat eine Erklärung abgegeben und diese selbst enthält durchaus kein Anerkenntniß. In dem Grundbuche der Gemeinde Welschingen findet sich die Beurkundung über den Verkauf der fraglichen Grundstücke an den Beklagten, und dabei ist auch als darauf ruhende Last die jetzt im Streite liegende erwähnt, allein bei diesem Eintrage wurde von Seiten des klagenden Theils nicht mitgewirkt und dies benimmt ihm die Eigenschaft eines Anerkenntnisses im Sinne von L.R.S. 695.

Demgemäß ist der Beweis eines Anerkenntnisses oder eines andern Rechtstitels nicht geliefert worden.

Was den Beweis der unvordenklichen Verjährung betrifft, so kann derselbe unzweifelhaft auch mit Urkunden geführt werden, und es findet dann die durch L.R.S. 710 f.c. bestimmte Ausschließung der über 30 Jahre alten, nicht erneuerten Urkunden keine Anwendung, denn diese Gesetzesvorschrift hat nur den Sinn, daß solche Urkunden

*) Die Ansicht in Note **) a. a. O. scheint mir auf einer Verwechslung des Rechts und der Rechtsurkunde zu beruhen. Die Zahlung des Gefälls durch den Schuldner unterbricht zwar zufolge L.R.S. 2248 die Verjährung des Rechts, weil sie ein Anerkenntniß desselben enthält, allein die Beweiskraft der Rechtsurkunde ist damit nicht anerkannt. Gegen diese Ansicht sprechen auch die gesetzgeberischen Gründe, denen L.R.S. 710 f.c. und 2263 ihre Entstehung verdanken. Brauer, Bd. I., Bem. 20, S. 554. Von den gegnerischen Citaten sind zwei ganz unerheblich, denn Brauer hat sich über diese Frage nicht zu S. 710 f.c., wohl aber in Bd. IV., S. 322 ausgesprochen. Gilbert c. c. ann. Note 2 zu Art. 2263 hat hierher keinen Bezug, und dessen Note 5 führt zu einem andern Ergebniß. Der weiter allegirte Vazeille, de la prescription ist mir nicht zugänglich. Der Schuldner, der das Gefäll bezahlt hat, kann sich auf L.R.S. 710 f.c. allerdings nicht berufen, um eine Verjährung des Rechts zu begründen, wohl aber um der nicht erneuerten Rechtsurkunde die Beweiskraft als solche zu entziehen. Dies folgt auch aus Troplong, de la présc. Belg. Ausg. Bd. II., No. 837, 838 und aus der Rede von Jollivet in Poncelet, mot. et disc. d. c. c. Bd. II., S. 738.

D. G.

nicht mehr als Rechtstitel dienlich sein sollen, hier aber werden sie nicht in dieser Eigenschaft gebraucht, sondern lediglich zu dem Zwecke, darzuthun, daß zur Zeit ihrer Abfassung ein gewisser Zustand vorhanden war und hierwegen liefert die in ihnen enthaltene Beurkundung stets und zu allen Zeiten Beweis.*) (Vergl. die übereinstimmende Entscheidung des diesseitigen Gerichtshofs und des großh. Oberhofgerichts in Annalen XV., No. 19, S. 130 bis 132.) Sowohl das Urbar vom Jahre 1760/61 als auch die Rechnungen sind daher hier in Betracht zu nehmen. Das erstere enthält nach dem Liquidationsprotokoll vom 28. Mai 1761 eine auf landesherrlichen Befehl aufgenommene, vollständige Renovation über den Flecken Welschingen, es wurde aus dem Hauptarchive der Freiherrlichen Standesherrschaft Fürstenberg erhoben und ist daher, obwohl es jeder Unterschrift und Besiegelung entbehrt, in weiterer Berücksichtigung seines Alters und seiner ganzen übrigen Beschaffenheit immerhin als eine formell richtige öffentliche Urkunde anzusehen, sodaß es ungeachtet der verweigerten Anerkennung von Seiten des Beklagten für die unvordenkliche Verjährung volle Beweiskraft hat.**) In dem Protokoll vom 30. Mai 1761 ist nun von dem Beistand der damaligen Inhaberin des pflichtigen Guts der dies betreffende Eintrag des Urbars als richtig anerkannt, und in diesem Eintrag heißt es, daß die Genannte das Gut besitzt als ein Zinsgütlein von dem Freiherrn von Hornstein zu Binningen und daraus gibt jährlich auf Martini jene Zinsen und Gülten, welche der Kläger jetzt begehrt. Hieraus ist zu entnehmen, daß diese Abgabe damals in unbestrittener Uebung bestand. Durch die Rechnungen ist sodann deren Fortdauer für die Zeit von 1775 bis 1778 erwiesen, da sie in den drei Rechnungen jeweils unter den Einnahmeposten aufgeführt ist. Die Beweiserneuerung vom Jahr 1828 dient wenigstens dazu, um zu zeigen, daß die Abgabe auch damals von der klagenden Grundherrschaft angesprochen wurde und daß nach der Erklärung der Ortsvorsteher im Allgemeinen die Zinspflichtigkeit anerkannt und nur die Erblehenbarkeit bestritten war. Erwägt man sodann, daß der Beklagte in Uebereinstimmung mit dem Eintrage seiner Erwerbsurkunde in das Grundbuch vom Jahr 1836 bis Martini 1841 das Gefäll alljährlich entrichtet hat, so erscheint in Anwendung des L.R.S. 2234 ein vom Jahr 1761 bis Martini 1841 dauernder Besitz des klagenden Theils als erwiesen, ohne daß man den Anfang dieses Besitzes kennt. Da jedoch nach L.R.S. 691. 710 f.b. die Verjährung am 1. Januar 1810 vollendet gewesen sein muß, so fragt es sich, ob sich auch dies aus dem Vorhergehenden ergibt. Berücksichtigt man die entschiedene gemeinrechtliche Praxis, (Thibaut, Pandekten-System 8. Ausg., §. 1035 und Savigny, System d. h. R. R. Bd. IV, S. 517, der übrigens S. 524, jedoch ohne zureichenden Grund, bei dem Urkundenbeweise ausnahmsweise einen Zeitraum von 80 Jahren für nothwendig zu halten scheint) und verbindet man damit das Dekret in Reg.-Bl. 1803, No. X. (republicirt Reg.-Bl. 1808, No. II.) so kann man für die unvordenkliche Verjährung nur den Beweis fordern, daß das in Anspruch genommene Recht im letzten und vorletzten Menschenalter, vom 1. Januar 1810 rückwärts gerechnet, ausgeübt worden ist. Während die angeführte landesherrliche Verordnung bezüglich des Zeugenbeweises nur über 40 Jahre eine positive Auskunft verlangt, liegt hier ein Beweis über 49 Jahre vor, von denen jedenfalls ein Theil in das vorletzte Menschenalter vor dem 1. Januar 1810 zu rechnen ist, was unter bewandten Umständen, namentlich im Hinblicke auf die Vorkommnisse der späteren Zeit, als genügend erachtet werden muß. Demnach erscheint der Erwerb durch unvordenkliche Verjährung als vollständig erwiesen.

Dr. Buchelt.

*) Die scheinbar weitergehende Fassung von L.R.S. 710 f.e. muß nach vernünftiger Auslegung in dieser Weise beschränkt werden. Auch die Sätze 2262, 2263, aus denen jener herstammt, handeln nur von der Rechtsurkunde als solcher, lassen sie also in den anderen vorhandenen Beziehungen bestehen.

D. E.

**) In einer Archival-Note des F. F. Hauptarchivs, die der Kläger vorlegte, war die Art der Entstehung, Abfassung und Aufbewahrung des Urbars näher beschrieben und sodann bezeugt, daß dasselbe zwar nach damaligem Gerichtsgebrauch der Unterschriften entbehre und daß ihm Eingang und Schluß mangele, dessenungeachtet aber über dessen Originalität und Authentizität nicht der leiseste Zweifel obwalte, es auch von jeher als wirkliches Original und förmliche Beweisurkunde angesehen und behandelt worden sei.

D. E.

III.

Zur Auslegung des L.R.S. 1473.

Annalen XX, No. 47 VI.

In dem allegirten Aufsatz der Annalen wird behauptet, die Bestimmung des Art. 1473 des Code civil sei

durch den entsprechenden Satz des Landrechts dadurch geändert, daß hier das Citat „1470 No. 2 und 3" eingeschaltet sei; es wird daraus gefolgert, daß von dem eigenen Vermögen der Ehegatten (biens personels) keine Zinsen in Anspruch genommen werden können. Die aufgestellte Behauptung ist wohl ungenau, und deßhalb theils richtig, theils unrichtig.

Es weicht die Uebersetzung des badigen Gesetzbuchs von dem Urtert nicht ab, sondern erläutert ihn nur. Der Art. 1473 C. c., indem er bestimmt:

> les remplois et recompenses — — — emportent des interêts de plein droit du jour de la disolution de la communauté

bezieht sich ebenfalls nur auf die im Art. 1470 Abs. 2 und 3 bezeichneten Ersatzansprüche, und kann auf die Eigenthumsansprüche des Art. 1470 Abs. 1 nicht bezogen werden. Man kann nicht von recompenses oder indemnités sprechen, wenn eine Ehegatte nur sein Eigenthum zurücknimmt.

Zachariä Civilrecht §. 511 a. E.

Der Ausdruck „les remplois" in Art. 1473 hat einen andern Sinn, als der ähnliche Ausdruck in Art. 1470 Abs. 1 in den Worten „qui on été acquis en remploi" Der letztere Ausdruck bezieht sich auf den Fall, wo die Ersatzansprüche eines Ehegatten für veräußerte Liegenschaften bereits durch neue Erwerbungen befriedigt sind.

L.R.S. 1407. 1435

der erstere Ausdruck aber auf die noch nicht befriedigten Ersatzansprüche.

Vgl. L.R.S. 1471.

Die in der Baierschen Rheinpfalz im Gebrauch befindliche Uebersetzung deutet die Worte les remplois mit den Worten:

> „Was den Ehegatten wegen veräußerter eigenen Güter, deren Preis nicht wieder angelegt worden ist, — — zu zahlen ist."

Wenn einerseits eine Abweichung zwischen dem französischen und badischen Texte nicht besteht, so kann andererseits bei den Eigenthumsansprüchen des Satzes 1470 Abs. 1 die Frage nicht entstehen, ob dem vindicirenden Ehegatten Zinsen zu bezahlen sind, sondern nur die: ob von Auflößung der Gemeinschaft an dem vindicirenden Ehegatten die Früchte seines Eigenthums (natürliche oder bürgerliche) zu kommen, und diese Entscheidung ist in L.R.S. 585. 586 vgl. mit L.R.S. 1401 enthalten. Wirft das Eigenthum Früchte oder Zinsen ab, so gebühren sie dem rücknehmenden Ehegatten nach Maßgabe der allegirten Sätze; andernfalls kann er solche von der Gemeinschaft nicht in Anspruch nehmen.

Kapitalien, deren Eigenthum sich ein Ehegatte vorbehalten hat, welche aber für die Gemeinschaft verwendet wurden, gehören unter die Ersatzansprüche des L.R.S. 1470 Abs. 2. und sind nach L.R.S. 1473 von Auflößung der Gemeinschaft an zu verzinsen. K.

IV.

Curiosum.

Ein Muster von patriarchalischer Rechtspflege.

Bei großh. Bezirksamt A. erhob M. W. gegen J. Chr. eine Klage auf Grenzberichtigung, welche der Richter selbst zu Protokoll nahm. Der vorgeladene Beklagte bestellte einen Anwalt für den Prozeß, welcher die Klage als rechtlich nicht begründet bestritt und sich auf die Thatsachen derselben erklärte. Durch Verfügung vom 19. September wurde dem Kläger aufgegeben, die Klage binnen 14 Tagen noch durch die Angabe zu vervollständigen, mit welchem Flächenmaaß die Wiese des Beklagten im alten Lagerbuch der Gemeinde M. angegeben ist, widrigenfalls er mit diesem Nachtrag ausgeschlossen und nach §. 283 der P. O. sofort das Erkenntniß erfolgen würde.

Nach Ablauf dieser Frist reichte der Anwalt des Beklagten Contumacial-Anrufen ein, worauf er aber ohne Mittheilung darüber, ob und was der Kläger in Folge der richterlichen Auflage gethan hatte, eine Verfügung vom 11. Dezember 1853 erhielt, worin es heißt:

„Man hat dem Kläger bereits früher zu erkennen gegeben, daß, wenn der beiderseitige Wiesenbesitz durch Grenzmale nicht von einander ausgeschieden ist, und auch die früheren Grenzen der beiderseitigen Wiesenstücke nicht einmal mehr aufgefunden, noch weniger aber bewiesen werden könnten, nichts erübrigen würde, als auf die Bezeichnung des Flächenmaaßes des dermaligen Wiesenbesitzes der streitenden Theile im Lagerbuch zurückzugehen. — Bei dieser Satzlage läßt sich wohl für den Kläger ein günstiger Ausgang des Rechtsstreits nicht erwarten, weil er Allem nach außer Stande ist, mit Bestimmtheit darzuthun, wie viel Flächenmaß das dermalige Wiesenbesitzthum des Beklagten in den krummen Wiesen

nach der Beschreibung im Lagerbuch beträgt und aus welchen einzelner Wiesenparzellen das dermalige zu einem Ganzen vereinigte Wiesenbesitzthum des Beklagten besteht.

Man hält es hiernach für rathsam, daß der Kläger seiner Klage entsagt, weil dieselbe voraussichtlich ein ungünstiges Resultat hat. Sollte der Kläger diesem Rath nicht Folge leisten wollen, so hat er jedenfalls binnen 8 Tagen noch bestimmt zu behaupten, welches Flächenmaß für das dermalige Wiesenbesitzthum des Beklagten in den krummen Wiesen in dem Lagerbuch angegeben ist, und aus welchen Bestandtheilen dasselbe besteht. Entsagt der Kläger seiner Klage nicht und leistet er auch dieser Auflage keine Folge, so wird man ohne weiteres Anrufen das Endenkenntniß in dieser Sache erlassen. Dabei bemerkt man demselben noch, daß man sie Anwaltskosten des Beklagten in diesem Rechtsstreit für nothwendige nicht erachten und sie daher dem Kläger auch in keinem Fall zur Zahlung zuweisen wird." X.

V.

Literaturbericht.

Lehrbuch des gemeinen deutschen sowie des in der allgemeinen deutschen Wechsel-Ordnung enthaltenen Wechselrechts, von Dr. Renaud, ordentlichem Professor an der Universität Heidelberg. Gießen J. Rickert'sche Buchhandlung. — Obwohl sich dieß jüngst erschienene Werk nicht innerhalb der Grenzen unseres Particularrechts hält, so verdient es doch als vaterländisches Geistesprodukt auch in diesen Blättern einer rühmenden Erwähnung, zumal es auch eine für uns sehr wichtige Lehre abhandelt. Es ist die erste systematische Darstellung des durch die Wechsel-Ordnung neu geschaffenen Wechselrechts, und befriedigt daher ein Bedürfniß, welches auch nach den vortrefflichen Arbeiten von Brauer und anderen noch vorhanden war. Damit wird die Erörterung der Grundsätze des gemeinen deutschen Wechselrechts verbunden, weil dieß als Quelle der allgemeinen Wechsel-Ordnung wichtig ist, und für verschiedene Theile Deutschlands in denen jenes Gesetz nicht gilt, praktische Bedeutung hat. Zunächst findet man in der Einleitung auf S. 1—22 Begriffsbestimmungen, allgemeine Rechtsgeschichte, Darstellung der Quellen und ihres Verhältnisses, endlich die Literatur des Wechselrechts. Dann folgen auf S. 22 — 61 im ersten Buch die allgemeinen Lehren über Wechselvertrag, Wechselbrief, Wechselstrenge und Wechselfähigkeit, Präsentation und Protest. Im zweiten Buch auf Seite 62 bis 192 sind die einzelnen Wechselrechtsinstitute abgehandelt, nehmlich der gezogene Wechsel, der eigene Wechsel, das Indossament, die Wechselzahlung, die Intervention, der Aval, die Klage aus dem Wechsel, und auf den Wechsel, und das Amortisationsverfahren. Bei jeder einzelnen Lehre befindet sich eine rechtsgeschichtliche Entwicklung. Auf das Einzelne einzugehen, ist hier nicht der Ort; der Herr Verfasser ist als ausgezeichneter Germanist und als geistreicher Forscher auf dem Gebiete des französischen Civilrechts schon so bekannt, daß es an der Bemerkung genügt, sein neuestes Werk reihe sich den frühern Arbeiten würdig an. Dr. Puchelt.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXI. No. 3. Mannheim, 14. Januar 1854.

I.

Der gefährliche Diebstahl mittelst Einsteigens.

Es gibt wohl keine Lehre des gemeinen deutschen Criminalrechtes, welche so verschiedene Auffassung erlitten, zu so vielen Streitfragen Veranlassung gegeben hat, als die des gefährlichen Diebstahls. Man hätte glauben sollen, daß die neuen Partikulargesetzgebungen, dessen eingedenk, dem Ruhelosen feste, schützende Grenzen ziehen und ihn in das Gebiet einer zweifellosen Auslegung bannen würden. Diese Aufgabe scheint wenigstens unserer badischen Strafgesetzgebung nicht gelungen zu sein. Insbesondere ist es der gefährliche Diebstahl mittelst Einsteigens, welcher nicht nur bei den Geschworenen die verschiedenartigsten Wahrsprüche, sondern auch unter den Rechtsgelehrten widersprechende Ansichten hervorgerufen hat.

Die wichtigste Streitfrage betrifft den legislativen Grund dieses Diebstahls. Es gehört beinahe zu den ständigen Vertheidigungsmitteln, als solchen die Gefahr für die Gesundheit oder das Leben der den Dieb Betretenden darzustellen, welche aus der Schwierigkeit der Flucht des Diebes und der dadurch möglicherweise veranlaßten Gegenwehr desselben entstehen soll, hieran die Folgerung, daß das Gesetz nur einen solchen Dieb, von dem man eine Gegenwehr nach seiner Persönlichkeit erwarten dürfe, als gefährlichen Dieb bestraft wissen wolle, zu knüpfen und aus Alter oder Geschlecht, Krankheit oder Körperschwäche, oder gar aus den gutmüthigen Gesichtszügen des Angeklagten darzuthun, daß von ihm eine solche Gegenwehr nicht zu besorgen gewesen sei. Diese Art der Vertheidigung trug oft den Sieg davon, namentlich aber in den Fällen, in welchen der Schwurgerichtspräsident, wie es mehrmals geschah, von der nach §. 96 des Einführungsgesetzes vom 5. Februar 1851 jedenfalls zweifelhaften Befugniß, eine Gesetzesauslegung zu geben, Gebrauch machte und sich der Ansicht des Vertheidigers über den Grund des Gesetzes anschloß. Wenn ich es unternehme, diese Ansicht näher zu prüfen, so veranlaßt mich hiezu nicht nur der Wunsch, dem Willen des Gesetzes Anerkennung zu verschaffen, sondern auch das Bestreben, der Staatskasse unnöthige Kosten zu ersparen. Bisher wurden die gefährlichen Diebstähle von der Anklagekammer des großh. Hofgerichts des Unterrheinkreises ohne Rücksicht auf die Individualität des Diebes verwiesen, von den Geschworenen aber mit Rücksicht auf dieselbe öfters verneint. Die Kosten der mündlichen Schlußverhandlung waren in solchen Fällen vergebens aufgewendet. Eine Uebereinstimmung der Ansichten ist daher auch in dieser Beziehung wünschenswerth. —

Unsere deutschen Strafgesetzbücher, insbesondere unser badisches Strafgesetzbuch sind die Kinder der gemeinrechtlichen Doctrin und daher mehr oder weniger nach dem Standpunkt, den dieselbe zur Zeit der Entstehung jener Gesetzbücher eingenommen hatte, zu beurtheilen.

Ehe ich daher an den §. 381 des St.G.B. selbst gehe, ist die historische Entwickelung der Lehre des gefährlichen Diebstahls in Deutschland, wenn auch nur skizzenhaft vorauszuschicken. Der Sitz dieser Lehre ist in dem Art. 159 der Carolina zu finden.

Die Verschiedenheit der Ansichten in Auffassung und Auslegung dieses Artikels hatte ihren Grund theils in der Kürze des Ausdrucks, in der Zusammenziehung und mangelhaften Construction des Artikels in sprachlicher Beziehung, theils in der, der fortschreitenden Zeit unbegreiflichen Höhe der Strafen, welche man durch Distinctionen und Häufung der Erfordernisse des gefährlichen Diebstahls jener entsprechender zu machen suchte. Als Vertreter dieser Richtung ist zunächst Carpzow zu nennen, dessen

Interpretation bei den Gerichtshöfen seiner Zeit allgemeine Geltung erlangt hatte.

Sie beruhte auf dem Gesichtspunkt der Gefahr für die Bewohner des Gebäudes, in welchem der Diebstahl verübt wurde, und für die herbeieilenden Nachbarn. Carpzow nahm daher an, daß der Diebstahl mittelst Einsteigens oder Einbrechens nur dann ein gefährlicher sei, wenn der Dieb zugleich mit Werkzeugen versehen war, die zum Angriff oder zur Vertheidigung gebraucht werden. Er unterschied überdies zwischen Gebäuden in der Stadt und solchen auf dem Lande, welche gewöhnlich schlecht verwahrt zu werden pflegen, und sah nur in einem Diebstahl, in jenen verübt, einen gefährlichen Diebstahl.

Aus dieser Carpzow'schen Theorie und aus dem Kampfe gegen dieselbe entwickelte sich eine neue Auffassung des Art. 159 der Carolina, welche bis zum Anfang dieses Jahrhunderts von fast allen Criminalisten adoptirt und hauptsächlich von Böhmer und Grolmann vertheidigt wurde.

Sie ging dahin, daß ein Diebstahl, um als gefährlicher zu gelten, nicht nur die Sicherheit des Eigenthums, sondern auch zugleich und hauptsächlich das Leben und die Gesundheit der Menschen gefährden mußte.

Böhmer nimmt drei verschiedene Arten des gefährlichen Diebstahls an, fordert bei dem Diebstahl mittelst Einsteigens nicht gerade die Bewaffnung des Diebes, wohl aber eine gefährliche Lage, in welche er sich begeben hat, und welche die Gefahr, daß er sich zur Wehre setzen könnte, begründet. Der Böhmer'schen Ansicht folgten außer Grolmann insbesondere Meister, Quistorp, Puttmann und Bauer.

Dieser Schule gegenüber stehen die Schriftsteller, welche die im Art. 159 aufgeführten Arten des Diebstahls lediglich von dem Gesichtspunkt der dem Eigenthum drohenden Gefahr betrachten und in denselben theils weil ihre Verübung jeder Vorsichtsmaßregel zum Schutze des Eigenthums spottet, theils weil ein Dieb der auf eine so gewagte und für ihn selbst so gefährliche Weise Diebstähle verübt, sich als einen dem Eigenthum besonders gefährlichen Menschen manifestirt, strafbarere Arten des Diebstahls erblicken. Zu diesen Schriftstellern gehört Leyser, Hellfeld, Martin, Heffter.

Eine neue Theorie für den gefährlichen Diebstahl begründete Feuerbach.

Er unterschied zwischen dem gefährlichen Diebstahl mittelst Waffen und dem mittelst Einsteigens und Einbruchs, nannte den erstern den objectiv gefährlichen, den letztern den subjectiv gefährlichen und sieht den Grund der härtern Bestrafung dieses Diebstahls in der Größe der Bosheit und der Festigkeit des bösen Willens, welche aus der Geflissenheit, die der Dieb bei Ueberwindung solcher Hindernisse beweist, erkannt wird, jenes (des bewaffneten) Diebstahls in der Gefahr für die Gesundheit oder das Leben der den Dieb Betretenden.

Diese Ansicht Feuerbachs konnte, wenn auch in neuster Zeit Schriftsteller, wie Geib, auf die dem germanischen Rechtsleben inwohnende Idee der Heiligkeit und Unverletzlichkeit des Hauses als auf den Grund der ausgezeichneten Bestrafung der Diebstähle mittelst Einbruchs und Einsteigens nach der Carolina hinweisen, zur Zeit der Entstehung unseres Strafgesetzbuches als die allgemein geltende angesehen werden.

Das badische Strafedikt von 1803 war der veralteten Böhmer'schen Theorie gefolgt. Damit ein gefährlicher Diebstahl vorlag, mußte das Einsteigen so geschehen sein, daß der Dieb im Betretungsfalle nicht leicht entfliehen und dadurch zur Gegenwehr veranlaßt werden konnte, der Einbruch aber mit Werkzeugen, womit der Dieb auch im Nothfalle, da er betreten würde, sich zur Wehr setzen möchte. Der Gesichtspunkt der Gefahr für Gesundheit und Leben der den Dieb Betretenden war daher nach dem badischen Strafedict der vorherrschende.

Die Wissenschaft war, wie bereits erwähnt, dieser Theorie vorausgeeilt und die Gesetzgebungs-Commission konnte bei Schaffung ihres Entwurfs eines neuen Strafgesetzbuchs nicht im Zweifel sein, welchen Standpunkt sie einzunehmen habe. Sie schloß sich der gemeinrechtlichen Doctrin im Allgemeinen an. Sie verlangte zum gefährlichen Diebstahl mittelst Einbruchs nicht mehr Werkzeuge, womit sich der Dieb zur Wehr setzen möchte, und bei dem gefährlichen Diebstahl mittelst Einsteigens nicht mehr, daß der Dieb in einer Weise eingestiegen sei, daß er nicht mehr entfliehen und dadurch zur Gegenwehr veranlaßt werden konnte, sondern nur, daß gefährlicher Weise eingestiegen worden sei. Sie gab da-

mit unzweideutig zu verstehen, daß sie die ausgezeichnete Bestrafung des gefährlichen Diebstahls mittelst Einbruchs und Einsteigens nicht auf die Gefahr für Leben und Gesundheit der den Dieb Betretenden, sondern auf die größere Gefahr für das Eigenthum und die gefährlichere Gesinnung solcher Diebe, welche Schwierigkeiten so bedeutender Art überwinden und selbst vor der Gefahr, auf der That ergriffen zu werden, nicht zurückschrecken, gründe. Dies sagen die Anmerkungen der Gesetzgebungs-Commission zum Entwurf des Strafgesetzes mit dürren Worten, indem sie verlangen, daß das Einsteigen in einer mehr oder weniger gefährlichen, die Geflissenheit und Vermessenheit des Diebes kundgebenden Weise geschehen sei, und deßhalb z. B. das Einsteigen durch ein Fenster ebener Erde zum Begriffe des gefährlichen Diebstahls nicht für genügend erachten. Die Art und Weise des Einsteigens sollte eine gefährliche sein, d. h. die gewöhnlichen Vorsichtsmaßregeln zum Schutze des Eigenthums unnütz machen, sie sollte die Geflissenheit und Vermessenheit des Diebes kund geben, d. h. aus der Ueberwindung der Schwierigkeiten, um zu den entwendeten Gegenständen zu gelangen, und der Schwierigkeit des Rückwegs die eine und die andere Eigenschaft hervorgehen.

Die Commission der zweiten Kammer, wahrscheinlich von den Grundsätzen des Strafedicts beherrscht, mißverstand, wie mir scheint, dieses System des Gesetzentwurfes. In ihrem Bericht glaubt sie, daß der Gesetzentwurf die höhere Strafe den drei Arten des gefährlichen Diebstahls wegen der sie begleitenden Gefahr für die Gesundheit und das Leben der den Dieb Betretenden drohe und dies mit den Worten „oder gefährlicher Weise eingestiegen ist" habe ausdrücken wollen und schlug deßhalb die nach ihrer Ansicht diese drohende Gefahr bestimmter darlegende Bezeichnung des §. 74 des St.E. „oder in einer Weise eingestiegen ist, daß er im Falle der Betretung nicht leicht wieder entfliehen konnte" vor. Diese Fassung wurde von den Kammern ohne eine Bemerkung angenommen und in das Gesetzbuch übertragen. Dagegen hatte man nicht die Consequenz, auch dem mit den gleichen Strafen bedrohten Diebstahl mittelst Einbruchs ein Kriterium zu geben, welches die ausgezeichnete Bestrafung dieses Diebstahls auf den Fall einer Gefahr für die Person der den Dieb Betretenden beschränkte, obgleich der Commissionsbericht diese Gefahr auch bei dem Diebstahl mittelst Einbruchs als Grund hiefür aufgestellt hatte.

Nachdem diese Fassung, ausdrücklich auf den angeführten Grund gestützt, angenommen worden ist, muß derselbe auch als ratio legis bei dem gefährlichen Diebstahl mittelst Einsteigens gelten.

Allein daraus folgt nicht, daß im einzelnen Falle die Wahrscheinlichkeit der der Person drohenden Gefahr nach andern als den vom Gesetze aufgestellten Merkmalen zu prüfen und nur, wenn sich eine solche Wahrscheinlichkeit ergibt, ein gefährlicher Diebstahl anzunehmen sei.

Das Mittelglied zwischen dem Grund des Gesetzes und seinem Inhalt ist nämlich der Gedanke, daß jeder Dieb, welcher in bewohnte Gebäude in der im §. 381 des St.G.B. bezeichneten Weise einsteigt, auch betreten und zur Gegenwehr veranlaßt werden könne. Es hat sich daher, weil es dies als eine sich von selbst aus der Schwierigkeit der Flucht ergebende mögliche Folge ansieht, auf das Merkmal des die Flucht erschwerenden Einsteigens beschränkt und nicht, wie bei dem bewaffneten Diebstahl, beigefügt, daß der gefährliche Diebstahl dann wegfalle, wenn sich aus den Umständen des einzelnen Falles als glaubhaft ergebe, daß sich der Dieb im Falle der Betretung nicht zur Wehr gesetzt hätte. Jene gesetzliche Unterstellung findet ihre Rechtfertigung in der Betrachtung, daß wohl kaum die Individualität eines Diebes, welcher mit seiner Betretung der Strafe sich verfallen sieht und nach den momentanen Eingebungen des Selbsterhaltungstriebes zu handeln geneigt ist, die Gefahr für die ihn Betretenden gänzlich beseitigt, daß auch dem Schwachen ein Schwächerer begegnen und daß die Frage, wie ein Dieb in einem solchen Falle gehandelt hätte, wohl kaum von diesem selbst, geschweige von dem Richter, dem das Innere des Verbrechers in der Regel verborgen bleibt, beantwortet werden kann.

Es darf daher nach meiner Ansicht, wenn die Merkmale des gefährlichen Diebstahls mittelst Einsteigens vorliegen, die Gefährlichkeit mit Rücksicht auf die ratio legis nur in den seltenen, kaum denkbaren Fällen verneint werden, in welchen nach den Umständen die Möglichkeit eines Angriffs von Seite des betretenen Diebes geradezu ausgeschlossen ist.

v. Hillern.

II.

1) **Die Verbindlichkeit zur Gegenleistung erlischt, wenn die in einer Handlung bestehende Leistung rechtlich oder physisch unmöglich wird.**
2) **Ein civilrichterliches Urtheil gilt nur für den Zeitpunkt, in welchem dasselbe erlassen worden ist, als Rechtswahrheit.**

Offenburg gegen Seybel.

Durch Vertrag vom 2. Nov. 1833 trat K. Seybel als Förster in die Dienste der Stadt Offenburg gegen die Zusicherung eines jährlichen Gehaltes von 1000 fl. auf Lebenslang.

Im §. 2 des Vertrags ist unter anderem bestimmt:

> 1) Kann Revierförster K. Seybel im Falle, daß er den Dienst und zwar (wie eine spätere Erläuterung hinzufügt) mit seinem Verschulden nicht mehr versehen könnte rc. ohne weitere Ansprüche seines Dienstes entlassen werden.

Im Juli 1849 gerieth Seybel, welcher bis dahin seine dienstlichen Obliegenheiten redlich erfüllt hatte, wegen Theilnahme an dem hochverrätherischen Aufstande in Untersuchung, deren er auch durch hofgerichtliches Urtheil vom 3. August 1850 für schuldig erklärt worden ist.

In der Recursinstanz erwirkte jedoch Seybel ein abänderndes Urtheil vom 28. Juni 1851, wodurch er der Gewaltthätigkeit für schuldig erkannt und zu einer bürgerlichen Gefängnißstrafe von 6 Wochen condemnirt ward.

Schon während des Laufes der Untersuchung hatte aber der von seinem Dienst und Gehalt suspendirte Förster Seybel nach Maaßgabe der L.R.S. 1134. 1135 u. 1184 gegen die Stadt Offenburg auf Erfüllung des Vertrags vom 2. Nov. 1833 geklagt und ein Versäumungserkenntniß vom 9. Januar 1850 erwirkt, des Inhalts:

> „Die beklagte Stadtgemeinde Offenburg habe den mit dem städtischen Bezirksförster Seybel abgeschlossenen Dienstvertrag bei Vermeidung der Hilfsvollstreckung fortzuhalten und die Kosten zu tragen."

Nachdem dieses Versäumungserkenntniß die Rechtskraft beschritten hatte, erlangte Seybel unterm 19. Juni 1852 einen unbedingten Befehl, durch welchen der beklagten Gemeinde aufgegeben wurde, dem Kläger die rückständige Besoldung für die Monate April und Mai 1852 mit zusammen 141 fl. 40 kr. binnen 14 Tagen bei Vollstreckungsvermeidung zu bezahlen.

Hiergegen ward beklagterseits Einsprache erhoben, weil sich seit dem Versäumungserkenntniß vom 9. Jan. 1850 das Verhältniß zwischen dem Kläger und der Beklagten geändert habe, indem Ersterer in Folge seiner Betheiligung bei der Revolution höhern Orts vom Dienste entfernt und also nicht mehr im Stande sei, seine Verpflichtungen der Beklagten gegenüber zu erfüllen.

Zum Beweise dieses Vorbringens legte die Beklagte zwei Erlasse des großh. Ministeriums des Innern vom 28. August 1851 und vom 17. Februar 1852 vor. Der erste dieser Erlasse spricht aus, daß der städtische Bezirksförster Seybel bei dem Grade der Betheiligung an den Bewegungen der Jahre 1848 und 1849 im öffentlichen Dienst nicht belassen werden könne. Der andere Erlaß, welcher mit Bezug auf das oberhofgerichtliche Urtheil und auf das Ergebniß der gerichtlichen wie der dienstpolizeilichen Untersuchung eine Fürbitte der Stadt Offenburg abschläglich verbescheidet, geht dahin, daß von der früheren Verfügung vom 28. August 1851 nicht abgegangen werden könne.

Obgleich der Kläger zugeben mußte, daß die angeführten Entschließungen wirklich ergangen sind, so wurde doch durch amtliches Erkenntniß vom 29. Juli 1852 die Einsprache der Beklagten als unbegründet verworfen und der unbedingte Befehl als Urtheil bestätigt, weil durch die von der obern Aufsichtsbehörde verfügte Entfernung des Klägers vom Dienste das durch Vertrag gesicherte Recht desselben auf seine Besoldung nicht aufgehoben sei.

Auf die Appellation der Beklagten bestätigte das gr. Hofgericht unterm 13. November 1852 den amtlichen Bescheid aus dem Grunde, weil die Kläger, so lange der Vertrag nicht aufgelöst sei, immerhin dasjenige, was ihm aus demselben gebühre, nämlich die Fortentrichtung des Gehaltes, fordern könne; vorbehaltlich der in einer besondern Klage geltend zu machenden Auflösung des Vertrages.

Diese Klage wurde denn auch zu Anfang des Jahres 1853 erhoben und auf gepflogene Verhandlung der Vertrag vom 2. November 1833, ungeachtet der von Förster Seybel vorgeschützten Einrede der entschiedenen Sache, in allen drei Instanzen für aufgelöst erklärt.

Das oberhofgerichtliche Urtheil erging am 22. Dezember 1853.

Entscheidungsgründe.

Die Klage, womit die Auflösung des am 2. Novbr. 1833 zwischen der Stadtgemeinde Offenburg und dem Bezirksförster Seybel abgeschlossenen Dienstvertrags begehrt wird, ist sowohl nach dem §. 2 dieses Vertrags, als nach dem Gesetze begründet, weil der Beklagte in Folge seiner Theilnahme an den Bewegungen der Jahre 1848 und 1849 vom großh. Ministerium des Innern als der hiezu competenten Behörde, durch Erlaß vom 28. August 1851 von der Stelle eines städtischen Försters entfernt und dadurch in die rechtliche Unmöglichkeit versetzt wurde, der Klägerin die vertragsmäßig zugesagten Dienste fernerhin zu leisten. L.R.S. 1234a, Brauer, Erl. III., S. 171, Puchta, Pand. S. 432, §. 302, Zachariä, franz. Civilrecht II., S. 298, §. 331.

Der Beklagte setzt dieser durch die anerkannten Urkunden erwiesenen Klage auf den Grund des rechtskräftigen Versäumungserkenntnisses vom 9. Januar 1850, welches die Stadtgemeinde Offenburg für schuldig erklärt den mit ihm eingegangenen Dienstvertrag fortzuhalten — die Einrede der entschiedenen Sache entgegen, wobei er jedoch selbst einräumt, daß Thatsachen, welche erst nach dem 9. Januar 1850 ihre Entstehung erhalten hätten, als Gründe der Vertragsauflösung geltend gemacht werden könnten.

Eine solche Thatsache ist aber die am 28. Aug. 1851, mithin erst nach dem 9. Januar 1850, erfolgte Dienstentlassung des Beklagten.

Das angerufene Versäumungserkenntniß, welches übrigens die Stadt Offenburg nicht einmal zu einer bestimmten Leistung verurtheilt, gilt nur für den Zeitpunkt, in welchem dasselbe erlassen ward, als Rechtswahrheit.

Die dermalen zu entscheidende Frage: ob die Gemeinde Offenburg auch bei der durch den Ministerialerlaß vom 28. August 1851 zwischen den Vertragspersonen herbeigeführten Aenderung der Verhältnisse noch gehalten sei, ihrerseits den Vertrag vom 2. November 1833 zu erfüllen? liegt außer dem Bereich jenes Erkenntnisses, welches unter anderen Verhältnissen ergangen ist. Die Einrede der entschiedenen Sache berührt daher den auf der späteren Dienstentlassung des Beklagten beruhenden Klaggrund nicht. L.R.S. 1351, v. Savigny, R.R. VI. S. 355. 378. 464, Jahrbücher, n. F. X. 132.

In dritter Instanz beruft sich der Beklagte auch noch auf einen unbedingten Befehl vom 19. Juni 1852, welcher der Stadtgemeinde aufgibt, ihm die rückständige Besoldung für die Monate April und Mai 1852 mit zusammen 141 fl. 40 kr. binnen 14 Tagen zu bezahlen; desgleichen auf ein amtliches Erkenntniß vom 29. Juli und auf ein hofgerichtliches Urtheil vom 13. November 1852, wodurch die von der Gemeinde Offenburg gegen den unbedingten Befehl erhobene Einsprache verworfen wurde.

Dieses neue Vorbringen ist jedoch nach §. 1196 der P.O. hier unstatthaft und zugleich unerheblich, indem die Entscheidungsgründe zu dem hofgerichtlichen Urtheile vom 13. November 1852 der Stadt Offenburg die gegenwärtige Auflösungsklage ausdrücklich vorbehalten. Der Beklagte konnte sonach durch die dem Klagbegehren entsprechenden Entscheidungen der vordern Instanzen nicht für beschwert erachtet werden.

D. R.

III.

Verjährung der Pfandklage. Ist zur Begründung derselben guter Glaube des Eigenthümers gegenüber dem Pfandgläubiger nöthig? Genügt es, wenn der gute Glaube zur Zeit der Erwerbung vorhanden war oder muß derselbe auch zur Zeit des Grundbuchs-Eintrags vorhanden sein? L.R.S. 2180.

Annalen XVIII. Jahrgang Seite 396. 397.
Annalen XX. Jahrgang Seite 197. 198.

Obige bisher bestrittenen Fragen kamen in dem Rechtsstreit Cavallini gegen Sommer zur Sprache, in welchem der Pfandklage von dem Beklagten die Ersitzung der Freiheit von der Pfandlast entgegen gehalten, von dem Kläger aber behauptet wurde, Beklagter sei im bösen Glauben, weil bei Eintragung des Erwerbtitels des Letzteren zum Grundbuch der Gemeinderath in einem Nachtrag die Bemerkung beigefügt hatte, daß auf den transscribirten Liegenschaften das (in der Zwischenzeit zwischen der Errichtung der Erwerburkunde und dem Eintrag zum Grundbuch entstandene) Pfandrecht des Klägers hafte. Das großh. Hofgericht des Unterrheinkreises in Uebereinstimmung mit dem großh. Oberhofgericht, an welches die Sache im Wege der Oberappellation kam, nahm an: „daß zu den Erfordernissen der der Pfand-

„klage entgegengesetzten Einrede der Verjährung bezieh„ungsweise Ersitzung außer einer rechtmäßigen Erwerbs„Urkunde und deren Eintrag zum Grundbuch (Gewähr) „auch noch gehört, daß der Beklagte zur Zeit dieses „Eintrags gegenüber dem Pfandgläubiger sich „in gutem Glauben befunden haben müsse."

Die hofgerichtlichen, vom höchsten Gerichtshof in dieser Beziehung adoptirten Entscheidungsgründe begründen diesen Ausspruch bezüglich des Erforderuisses des guten Glaubens in folgender Weise:

„Bei Anwendung des L.R.S. 2180 Ziffer 4 ist jeweils vor Allem in das Auge zu fassen, daß diese Gesetzesstelle nicht etwa blos bestimmen will, es erlösche das Pfandrecht in Folge der Ersitzung des Eigenthums der diesem Rechte unterworfenen Sache durch eine dritte Person, sondern daß die gedachte Gesetzesstelle — eine eigene Ersitzung der Freiheit von Pfandlasten zu schaffen beabsichtigt. Für diese Anschauungsweise spricht nicht nur der Wortlaut des dritten Absatzes des L.R.S. 2180.

(„ersitzt der Inhaber die Freiheit in der Zeit, „worin er das Eigenthum ersitzen kann"),

sondern auch der Umstand, daß der gegentheiligen Ansicht zufolge dann, wenn der dritte Besitzer zweifellos wahrer Eigenthümer wäre, mithin einer Eigenthumsersitzung nicht mehr bedürfte, von einer Anwendung des L.R.S. 2180 Ziffer 4 überhaupt nicht mehr die Rede sein könnte, was bei der allgemeinen Fassung der Gesetzesstelle jedenfalls der Absicht des Gesetzgebers widerspricht. Diese Auslegung des L.R.S. 2180 Ziffer 4 hindert jedoch nicht, daß die Ersitzung der Pfandfreiheit, in so weit nicht die Wesenheit dieser Ersitzungsart ein Anderes erfordert, nach den von der Eigenthumsersitzung geltenden Grundsätzen bemessen werde. Der Richter ist vielmehr gemäß L.R.S. 4a bei der Mangelhaftigkeit der Bestimmungen des L.R.S. 2180 Ziffer 4 dazu verpflichtet die L.R.S. 2260. 2270, so weit thunlich, auf die Ersitzung des L.R.S. 2180 anzuwenden."

Bezüglich der Zeit, in welcher bona fides vorhanden sein muß, führen dieselben Entscheidungsgründe an:

„Es ist nicht zu übersehen, daß, da es sich auf Seite des dritten Inhabers, sofern er die Ersitzung der Pfandfreiheit anspricht, um Geltendmachung eines Rechts an einem liegenden Gute einem Dritten, nämlich dem Pfandgläubiger gegenüber handelt, in Beziehung auf diesen Dritten die Erwerbung des gedachten Guts gemäß §. 25 des II. Einführungs-Edikts zum Landrecht und gemäß L.R.S. 1583a erst mit dem Eintrag derselben zum Grundbuche als geschehen angesehen werden kann und daher der Augenblick der Eintragung als der Zeitpunkt, zu welchem der gute Glaube nach L.R.S. 2269 vorhanden sein muß, zu betrachten ist."

Zufolge dieser Entscheidung müßte auch bei der Eigenthumsersitzung guter Glaube zur Zeit des Grundbuchseintrags verlangt werden.

Es wird noch die Schlußbemerkung am Platze sein, daß in dem bezeichneten Rechtsstreit das großh. Oberhofgericht angenommen hat, der Beweis des bösen Glaubens des Beklagten sei durch den Grundbuchseintrag erbracht, weil in dem Nachtrag zu demselben das Vorhandensein der Pfandlast bezeugt war, obgleich der Beklagte bei Fertigung des Eintrags nicht gegenwärtig gewesen, und obgleich nicht erwiesen worden ist, daß die Bemerkung des Gemeinderaths dem Beklagten eröffnet worden sei. Es wurde angenommen, daß Beklagter bei Fertigung des Eintrags entweder gegenwärtig gewesen oder daß er doch durch die Person, welche den Eintrag in seinem Namen fertigen ließ, Kenntniß von den Pfandlasten erhalten habe.

K.

IV.

Ueber die Frage, inwiefern ein Dritter aus einem Vertrag Rechte zu seinem Vortheil ableiten kann?

Meinrad Beck von Holzach erhob gegen die Mitglieder des Pfandgerichts zu Schwandorf eine Klage folgenden Inhalts:

Kornel Mayer von Holzach habe am 22. September 1844 an Paul Fecht daselbst einen Acker um den Preis von 270 fl. verkauft, und sodann diese durch Vorzugsrecht gesicherte Forderung an Leopold Weil von Randegg abgetreten, Kläger habe hierwegen gegenüber dem Cessionar Weil die Bürgschaft übernommen. Paul Fecht habe später von einer Kasse zu Reichenau ein Darleihen aufgenommen, und dafür unter Anderem auch den fraglichen Acker zu Unterpfand eingesetzt. Die Darleihensumme sei kraft einer Bestimmung des Darleihensvertrags an die Beklagten ausbezahlt worden, um die auf den Liegenschaften lastenden Schulden, namentlich jene

an den Cassionar Weil abzutragen. Dies hätten aber die Beklagten nicht gethan, vielmehr hätten sie das Geld dem Paul Fecht überlassen. Bei der nachher vorgenommenen Zwangsversteigerung sei nun Leopold Weil, da er aus dem aufgenommenen Gelde nicht befriedigt worden sei, mit 80 fl. nebst Zins in Verlust gerathen, weil der Erlös des für dessen Forderung haftenden Grundstücks nicht weiter gereicht habe und habe sich hierwegen an seinen Bürgen, den Kläger, gehalten, der ihm auch jene Summe von 80 fl. nebst Zins bezahlt habe. In Folge dessen stehe dem Kläger der Rückgriff auf die Beklagten zu, denn Leopold Weil hätte aus der an Jene abgelieferten Darleihenssumme volle Befriedigung erhalten können und sollen, und somit hätten die Beklagten durch die vertragswidrige Verwendung einen Schaden verursacht, welchen sie zu ersetzen schuldig seien.

Der Unterrichter nahm an, daß die Beklagten gegenüber dem Leopold Weil keine Verbindlichkeit übernommen hätten, daß der Schaden keine unmittelbare Folge von deren Handlung sei, erwähnte auch, daß des Klägers Sachlegitimation nicht näher begründet sei und versagte die Ladung. Dies Urtheil wurde von dem großh. Hofgerichte des Seekreises durch Erkenntniß vom 17. November l. J. bestätigt aus nachstehenden

Gründen:

Die erhobene Entschädigungsklage beruht darauf, daß bei der Kapitalaufnahme des Paul Fecht von der Flintenkasse in Reichenau und bei der Unterpfandsbestellung hiefür bedungen worden sei, das Darleihen solle, soweit nöthig, zur Befriedigung des Leopold Weil, der Vorzugsrecht für einen Kaufschilling von 270 fl. auf einen Theil der verpfändeten Grundstücke hatte, verwendet werden, daß deßhalb auch der Darleiher das Geld dem Pfandgericht Schwandorf behändigt, das Pfandgericht aber nicht den Leopold Weil bezahlt, sondern das Geld dem Anleiher Paul Fecht ausgefolgt habe. Weil der Erlös aus dem Grundstück, worauf das Vorzugsrecht des Leopold Weil haftete, später zu dessen Befriedigung nicht hinreichte und der Kläger als Bürge die fehlende Summe zahlen mußte, so verlangte er nun an der Stelle des Leopold Weil von dem Pfandgericht Entschädigung.

Diese Klage ist jedoch in Rechten nicht gegründet. Die Bestimmung wegen der Befriedigung des Leopold Weil aus dem aufzunehmenden Darleihen wurde einestheils zwischen dem Anleiher und Darleiher und anderntheils zwischen diesen Beiden und dem Pfandgericht getroffen; sie war nothwendig, weil ohne sie der Darleiher keine freien Grundstücke verpfändet erhalten konnte; ihr Zweck war, dem Darleiher ein wirksames Unterpfandsrecht zu verschaffen, wozu die Tilgung des auf den Pfandgütern haftenden Vorzugsrechts erforderlich war; durch die Zusage, das Darleihen zur Befriedigung des Leopold Weil zu verwenden, hat das Pfandgericht nur gegen den Darleiher diese Verbindlichkeit eingegangen und ist diesem dafür haftbar, wenn er wegen unterbliebener Tilgung des Vorzugsrechts des Leopold Weil Schaden leidet. Dagegen hat Leopold Weil bei jener Uebereinkunft nicht mitgewirkt und in seinem Interesse wurde sie nicht getroffen, wenigstens ist so etwas in der Klage nicht behauptet. Er erscheint dabei als eine dritte Person und kann nach L.R.S. 1165 und 1121 keine Rechte daraus geltend machen.

Aus diesen Gründen wurde das unterrichterliche Erkenntniß bestätigt.

Ein Votant war anderer Ansicht und stimmte dafür, Ladung zu erkennen. Die Sachberechtigung des Klägers nämlich sei, so argumentirte er, unter Beziehung auf L.R.S. 2029. 1251, O.Z. 3 dahin wohl begründet, daß derselbe gegenüber den Beklagten die Rechte des Leopold Weil auszuüben befugt sei. Leopold Weil habe aber aus der Uebereinkunft wegen Hinterlegung und Verwendung der Darleihsumme ebenfalls Rechte erworben, denn der Darleiher habe die Bestimmung, daß Weil von den Beklagten aus dem bei diesem hinterlegten Gelde befriedigt werde, getroffen, um sich freie Unterpfänder zu sichern und der Anleiher, Paul Fecht habe dies gethan, um das Darleihen zu bekommen. Dies sei nun gerade der Fall, in welchem das Gesetz (L.R.S. 1121. 1165) gestatte, etwas zum Vortheil eines Dritten zu bedingen. Das beklagte Pfandgericht habe, wozu es auch §. 13 Abs. 2 der Pfandschreiberei-Instruktion vom 25. November 1822 (R.Bl. No. 23) verpflichte, durch Annahme des Geldes die Verbindlichkeit übernommen, dasselbe nach den Bestimmungen des Darleihevertrags zu verwenden, also den betreffenden Theil an Leopold Weil auszuzahlen, was L.R.S. 1937 ausdrücklich festsetze. Wenn das Pfandgericht, ohne vom Darleiher hiezu ermächtigt zu sein, das Geld dem Anleiher Fecht aushändigte, so sei dies eine Vertragswidrigkeit, welche es zur Entschädigung verpflichte. — L.R.S. 1146. Der Kläger habe als Vertreter des Leopold Weil durch die Klagerhebung rechtzeitig erklärt, sich jene Uebereinkunft zu eigen zu machen, wodurch er zufolge L.R.S. 1121 ein ausschließliches Recht darauf erlangt habe, so daß er ebenso, wie den Vollzug der Uebereinkunft, jetzt wegen deren Nichterfüllung Entschädigung verlangen könne. Ein Scha-

den sei aber aus dem vertragswidrigen Benehmen des Pfandgerichts offenbar für Kläger entstanden. Der ebenfalls beschädigte Darleiher, die Flintenkasse zu Reichenau, könne ja auch jedenfalls von dem Pfandgerichte nicht die ganze Summe, welche dem Leopold Weil hätte ausbezahlt werden sollen, verlangen, sondern nur den Betrag, den sie dadurch verloren habe, daß ihr Leopold Weil wegen seines ungetilgten Vorzugsrechts vorgesetzt worden sei, also den Betrag, welchen Weil aus dem Erlös der Zwangsversteigerung empfangen habe und nur das Uebrige begehre der Kläger.

Der Kläger hätte gegen die Beklagten ganz einfach auf Ausfolgung des ihm gebührenden Theils der Darleihsumme klagen können, und würde dann deren Einrede der Zahlung, d. h. der Ablieferung des Geldes an Paul Fecht durch Berufung auf die mehrerwähnte Uebereinkunft und unter Beziehung auf L.R.S. 1121. 1165. 1937 widerlegt haben.

Dr. Puchelt.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bauer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von G. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXI. No. 4. Mannheim, 21. Januar 1854.

I.

Ueber die rückwirkende Kraft der neuen P.O. auf die nach §. 2 derselben zur Competenz der Gerichte, früher den Verwaltungsstellen, gehörigen bereits anhängigen oder entschiedenen Rechtsstreitigkeiten.

I.

Michael Riehl, Matthias Heil und Joseph Mayer von Philippsburg übernahmen nach einem am 12. Febr. 1844 mit der großh. Wasser- und Straßenbauinspection Freiburg abgeschlossenen Verdingungsvertrage die Herstellung einer Abtheilung des Eisenbahndammes. Nach der Fertigung des Werkes entstand zwischen beiden Theilen über die Zahlung von 1619 fl. 8 kr. ein Rechtsstreit, welcher nach §. 8 der Beilage D. des Organisationsedikts vom 26. November 1809 bei der Verwaltungsbehörde und zwar bei der großh. Regierung des Oberrheinkreises anhängig gemacht wurde. Nach Erkenntniß dieser Stelle vom 8. Januar 1851, No. 3587, wurde die großh. Wasser- und Straßenbauverwaltung für schuldig erkannt, den drei Klägern die geforderte Summe zu bezahlen. Auf von der beklagten Verwaltung ergriffenen Rekurs wurde von großh. Ministerium des Innern durch Erlaß vom 5. September 1851, No. 12,108, dieses Erkenntniß aufgehoben und die Abweisung der Kläger mit ihrer Forderung ausgesprochen. Hiegegen recurrirten die Kläger an das großh. Staatsministerium, welches unterm 4. August 1852, No. 1091, eine Verfügung dahin erließ, daß nach §. 2 der P.O. die vorliegende Sache sich nicht mehr zur Entscheidung des großh. Staatsministeriums eigne.

Hierauf reichten die 3 Kläger bei dem großh. Stadtamte Karlsruhe unterm 26. Dezember 1852 ihre Klage gegen den großh. Civilfiscus ein. Es wurde unter beiden Partheien bestimmt, daß die vor den Verwaltungsbehörden geschehene Streitfeststellung auch in dem gerichtlichen Verfahren zu Grunde gelegt werden solle. Kurz darauf trat Michael Riehl seine Rechte aus dem streitigen Rechtsverhältnisse an die beiden übrigen Kläger ab und das großh. Stadtamt Karlsruhe erkannte durch Urtheil vom 11. Juli v. J., No. 10,126, daß die Kläger mit der erhobenen Klage abzuweisen seien.

Gegen dieses Urtheil wurde die Appellation an das Hofgericht des Mittelrheinkreises angezeigt und ausgeführt. Auch wurde von den Klägern mit Eingabe vom 26. August v. J. eine Bitte an das großh. Staatsministerium eingereicht, zum Zwecke der Erläuterung des höchsten Erlasses vom 4. August v. J. in dem Sinne, daß durch diesen Erlaß die fragliche Sache zum vollständigen Austrage vor die Gerichte gewiesen sei, und daß der Erlaß großh. Ministeriums des Innern vom 5. September 1851, No. 2108, dem gerichtlichen Austrage nicht entgegengehalten werden könne. Auf diese Vorstellung verfügte das großh. Staatsministerium unterm 29. September v. J., No. 1025, daß zu einer Erläuterung der gedachten Staatsministerialentschließung keine Veranlassung vorliege; es müsse vielmehr den Joseph Mayer und Mathias Heil von Philippsburg, wenn sie sich bei dem gerichtlichen Erkenntnisse des Stadtamts Karlsruhe nicht beruhigen zu können glauben, lediglich überlassen werden, das ihnen geeignet scheinende Rechtsmittel zu ergreifen.

II.

Dem oben erwähnten Urtheile des großh. Stadtamts Karlsruhe vom 11. Juli v. J. waren folgende Entscheidungsgründe unterstellt:

„Es ist unbestritten, daß über den hier in Frage stehenden Gegenstand bereits durch Erkenntniß der großh. Regierung des Oberrheinkreises vom 8. Januar 1851 erkannt worden ist; ebenso geht aus den

beiderseits anerkannten, als Grundlage des civilrichterlichen Erkenntnisses von den Partheien angenommenen Amts- und Regierungsacten hervor, daß gegen das Regierungserkenntniß vom 8. Januar 1851 Rekurs angezeigt und die Rekursverhandlung dem großh. Ministerium des Innern bereits am 24. April 1851 zum Erkenntniß vorgelegt wurde und darauf unterm 5. September 1851 die Entscheidung des großh. Ministeriums des Innern erging.

Zur Entscheidung vom 8. Januar 1851 war die großh. Kreisregierung nach §. 8 der Beilage D. des Organisationsedikts vom 26. November 1809 unzweifelhaft zuständig.

Die Kläger suchen aber der Klage vor dem Civilrichter dadurch Eingang zu verschaffen, daß sie behaupten, es sei die Entscheidung des großh. Ministeriums des Innern und das von den Verwaltungsbehörden gepflogene Verfahren durch großh. Staatsministerium aufgehoben worden.

Zum Beweise dessen beruft sich der klägerische Anwalt auf eine ihm durch großh. Bezirksamt Staufen zugegangene Abschrift der Regierungsverfügung vom 30. August 1852, worin es heiße, daß das großh. Staatsministerium ausgesprochen habe, daß sich die Sache nicht mehr zur Entscheidung des großh. Ministeriums eigne.

Aus den Acten der großh. Kreisregierung ergibt sich jedoch, daß jene Abschrift, wie der beklagtische Anwalt geltend macht, fehlerhaft sei, indem es heißen soll: „zur Entscheidung des großh. Staatsministeriums.“

Sowohl aus den Regierungsacten, insbesondere aus dem Ministerialerlasse vom 25. August 1852, als auch aus den Amtsacten ergibt sich, daß der Wortlaut der Staatsministerialentscheidung jeweils so ausgefertigt und den Klägern so eröffnet wurde, wie der beklagtische Anwalt jetzt behauptet.

Der klägerische Anwalt verlangt zwar unter Hinweisung auf L.R.S. 1337 die Vorlage der Acten des großh. Staatsministeriums. Dies ist jedoch nicht mehr nöthig und es ist L.R.S. 1337 hier nicht anwendbar, da es sich nicht um eine Urkunde über ein Anerkenntniß handelt, sondern die vorliegenden Acten der großh. Kreisregierung, insbesondere der Erlaß des großh. Ministeriums des Innern vom 25. August 1852 den Inhalt der Staatsministerialentscheidung vollkommen beweisen, insolange nicht behauptet und dargethan wird, daß jene Ausfertigung vom 25. August 1852 fehlerhaft sei.

Dies ist aber nicht geschehen.

Der klägerische Anwalt griff im Laufe der jetzigen Verhandlungen die Ministerialentscheidung vom September 1851 als unzuständig erlassen an.

Nach Art. II. der Schlußbestimmungen der neuen P.O. finden die Bestimmungen dieses Gesetzes auf die am Tage des Eintritts ihrer Wirksamkeit bereits vorgenommenen Prozeßhandlungen, laufende Fristen und auf die Zulässigkeit der bereits angezeigten Appellation keine Anwendung.

Es ist die neue P.O. mit dem 1. Juli 1851 in Wirksamkeit getreten und es besteht somit das vor diesem Zeitpunkte vor den Verwaltungsbehörden stattgehabte Verfahren und das darauf von dem großh. Ministerium des Innern auf Grund den vor den Verwaltungsbehörden innerhalb der damaligen Grenzen ihrer Zuständigkeit gepflogenen Verhandlungen erlassene Erkenntniß zu Recht, insolange es nicht in gesetzlichem Wege, sei es in Folge der Berufung oder in Folge eines Competenzstreites aufgehoben wurde.

Das Erstere ist nicht der Fall, da das großh. Staatsministerium genau aussprach, daß die Entscheidung (nachdem unterdessen der §. 2 der P.O. in Wirksamkeit getreten war) n i c h t m e h r dorthin gehöre, ohne daß das großh. Staatsministerium die vorhergegangenen Erkenntnisse aufgehoben hätte.

Zur Erhebung eines Competenzstreites liegt aber überall keine Veranlassung vor, indem nach dem obigen die Zuständigkeit der großh. Kreisregierung und des großh. Ministeriums des Innern begründet war, und keine Entscheidung von den Verwaltungsbehörden erlassen ist, welche in die Zuständigkeit der Gerichte eingriffe.

Wenn nämlich auch nach §. 2 der P.O. die Entscheidung der dort bezeichneten Streitigkeiten mit dem 1. Juli 1851 an die ordentlichen Gerichte überging, so kann dies nur dahin verstanden werden, daß die Sache in dem Rechtszuge, in welchem sie vor jenem Zeitpunkte bei der Verwaltungsbehörde bereits anhängig war, von diesen zu erledigen sei, daß aber im weiteren Rechtszuge die Verhandlung und Entscheidung an die betreffenden Gerichte, d. h.

an jenes übergehe, dessen Zuständigkeit begründet sein würde, wenn die Sache schon in den vorderen Instanzen vor den Gerichten verhandelt worden wäre.

Eine solche obere Entscheidung wurde aber jetzt nicht beantragt und hätte in keinem Falle vor dem hiesigen Stadtamte beantragt werden können.

Ebensowenig gehört die Prüfung der Frage hieher, ob noch eine weitere Berufung und an welches Gericht hiernach in vorliegendem Falle statthaft ist.

Die Entscheidung des großh. Ministeriums bedarf bei ihrer klaren Fassung keiner authentischen Auslegung, jedenfalls aber wäre es Sache der Kläger und nicht des Gerichts eine solche zu erwirken.

Wenn nämlich aber auch die Staatsministerialentscheidung so lautete, wie Kläger behauptet, nämlich:

„daß die Sache sich nicht mehr zur Entscheidung des großh. Ministeriums eigne," so bestände unzweifelhaft das Erkenntniß großh. Kreisregierung immer noch zu Rechte, es ist somit in jedem Falle über die jetzt vor den Civilrichter gebrachte Streitsache von den Verwaltungsbehörden bereits erkannt, so daß der Klage die Einrede der entschiedenen Sache oder mindestens die der Rechtshängigkeit entgegensteht."

III.

Der mittelrheinische Gerichtshof bestätigte unterm 14. November v. J., No. 7181 I. Civ.-Sen., das erstinstanzliche Urtheil mit der Abänderung: die Kläger seien mit der bei dem großh. Stadtamte Karlsruhe erhobenen Klage vom 14. Januar v. J. wegen vorhandener Rechtshängigkeit dieser Streitsache abzuweisen.

Die Entscheidungsgründe lauten:

„Es ist unbestritten, daß über denselben Gegenstand, welcher durch die vorwürfige Klage vom 26. Dezember v. J. bei dem großh. Stadtamte Karlsruhe als Gericht erster Instanz verfolgt wurde, unter denselben Partheien bereits früher ein Rechtsstreit geführt worden ist und zwar vom Jahre 1848 an. Nach Maßgabe des §. 8 der Beilage D. des Organisationsedikts vom 26. November 1809, Reg.-Bl. No. 52 von 1809, wornach die Streitigkeiten über Erfüllung der Accorde zwischen den Unternehmern öffentlicher Arbeiten an Straßen rc. rc. einer — und dem Staat oder Gemeinheiten andererseits ausnahmsweise den Kreisdirektorien die Entscheidung zusteht — wurde damals der Forderungsanspruch der Kläger bei der großh. Regierung des Oberrheinkreises erhoben, welche unbestrittenermaßen die zur Entscheidung des Rechtsstreits, der die Zahlung des vertragsmäßigen Lohns für gelieferte Erdarbeiten zum Eisenbahnbau bei Norsingen zum Gegenstand hat, im ersten Rechtszuge die zuständige Behörde war. Von dieser wurde durch Erkenntniß vom 8. Januar 1851 zu Gunsten des klagenden Theils entschieden. Auf sofort eingelegten Rekurs des beklagten großh. Fiskus erkannte das großh. Ministerium des Innern unterm 5. September 1851 abändernd, daß die Kläger mit ihrer Forderung abzuweisen seien, wogegen sodann jene wieder an das großh. Staatsministerium recurrirten.

Hier wurde jedoch, wie bereits in den unterrichterlichen Entscheidungsgründen näher dargethan wurde, unterm 4. August 1852 ausgesprochen, daß nach §.2 der (am 1. Juli 1851 in Wirksamkeit getretenen) Prozeßordnung die Sache sich nicht mehr zur Entscheidung des Staatsministeriums eigne.

Bei dieser Sachlage ist es nun unzweifelhaft, daß ohne Rücksicht auf die bisher über diese Streitsache ergangenen Erkenntnisse derselbe Anspruch, wie geschehen, neu vor einem andern Gerichte in der ersten Instanz nicht angebracht werden konnte.

Unbestreitbar besteht nämlich das vor Eintritt der Wirksamkeit der neuen P.O. vor den Verwaltungsbehörden, welche damals nach dem oben Bemerkten zur Entscheidung der Sache zuständig waren, stattgehabte Verfahren zu Recht, dasselbe ist unter allen Umständen mit der Entscheidung der großh. Kreisregierung vom 8. Januar 1851 der Fall, so lange dieselbe nicht durch ein Rechtsmittel beseitigt ist.

Es wurde, wie bemerkt, diese Entscheidung durch ein Rechtsmittel angegriffen und auch über letzteres ist am 5. September 1851 im 2. Rechtszuge durch eine Verwaltungsbehörde entschieden worden, welche letztere Entscheidung selbst wieder nicht rechtskräftig wurde, indem rechtzeitig dagegen recurrirt wurde.

Hiernach mußte aber die Sache bei der Behörde ausgetragen werden, welche nach angetretener Wirksamkeit der P.O. zur Erledigung des Rechtsmittels zuständig war.

War am 5. September 1851 das großh. Ministerium des Innern noch zuständig auf die schon früher vor der Verwaltungsbehörde gepflogenen Rekursverhandlungen hin das Erkenntniß zu geben, so ist der gegen letzteres ergriffene Oberrekurs von der nun an die Stelle der obersten Verwaltungsbehörde getretenen obersten Gerichtsbehörde zu erledigen.

Sollte aber das Ministerium des Innern am 5. September 1851 zur Fällung eines Erkenntnisses 2. Instanz nicht mehr zuständig gewesen sein, so wäre mit Beseitigung seines Erkenntnisses die Entscheidung der zuständigen Gerichtsbehörde 2. Instanz auf den Rekurs gegen das erstinstanzliche Erkenntniß der Regierung zu erwirken.

In einem und anderm Falle aber muß der einmal vor der zuständigen Behörde angebrachte und auch jedenfalls im ersten Rechtszuge zuständigerweise entschiedene Prozeß, auf welchen nie verzichtet wurde, in den geordneten höhern Rechtszügen verfolgt, beziehungsweise zur endlichen Entscheidung gebracht werden, nicht aber ist es zuläßig mit Umgehung dessen und ohne Rücksicht auf das ganze stattgehabte Verfahren die Sache neu vor einem anderen Gericht erster Instanz anzubringen. Es folgt dies mit Nothwendigkeit aus den Bestimmungen über die Rechtsmittel überhaupt und über die Rechtshängigkeit. cf P.O. §. 1125 ff., 284 Z. 15, cf auch §. 303 ff.

Vor welches Gericht höherer Instanz die Entscheidung über den nicht endlich erledigten Rekurs gegen das angegriffene Erkenntniß der Verwaltungsbehörde gehöre, ist hier nicht zu entscheiden und für die Erledigung des jetzt vorliegenden Streits auch unerheblich; es genügt, gezeigt zu haben, daß die vorwürfige Klage wegen vorhandener Rechtshängigkeit der Sache nicht stattfindet.

Aus diesem aber auch nur aus diesem Grunde war die Klage verwerflich, nicht aber etwa darum, weil die Sache bereits rechtskräftig entschieden worden sei; denn, wie gezeigt, liegt eine rechtskräftige Entscheidung noch nicht vor.

Deßhalb geht das unterrichterliche Erkenntniß insofern zu weit, als es die Kläger mit ihrer Klage überhaupt abwies, weil nicht ausgesprochen werden soll, daß sie mit ihrem Forderungsanspruche abzuweisen seien; deßhalb und damit nicht etwa bei dem endlichen Austrage des früher begonnenen Rechtsstreits ein solches Erkenntniß zum Nachtheil der Kläger benutzt werden könne, wurde das unterrichterliche Erkenntniß mit einer Abänderung in der Fassung, wie geschehen, bestätigt.

Das Erkenntniß über die Kosten beruht auf §. 168 der P.O."

IV.

Bei der Beantwortung der vorliegenden Rechtsfrage kommen folgende Momente in Betracht.

In §. 8 in fine der Beilage D. des Organisationsedikts vom 26. November 1809 wurden zur Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten der hier in Frage stehenden Art die Kreisdirektorien, das Ministerium des Innern und das Generaldirektorium als Instanzen aufgestellt. An die Stelle der erstern sind im Laufe der Zeit die Kreisregierungen und an die Stelle der letztern ist das Staatsministerium gesetzt worden.

Nach §. 2 der neuen Prozeßordnung ist bestimmt, daß die Entscheidung dieser Streitigkeiten an die ordentlichen Gerichte übergehe. Indem nun an die Stelle der Verwaltungsbehörden die regelmäßigen Gerichte getreten sind, hat eine Veränderung in der Gerichtsverfassung stattgefunden.

Inwiefern nun eine solche auf die schon anhängigen Rechtsfälle von Bedeutung wird, ist allerdings nicht ganz unbestritten.

Brackenhöft in seinen Erörterungen zu Linde's Lehrbuch des deutschen gemeinen Civilprozesses §. 40, pag. 58 und 59 äußert sich hierüber in folgender Weise:

„Es ist richtiger die Regel anzunehmen, daß in einem Prozesse nur diejenigen Normen anzuwenden sind, welche zur Zeit der Eingehung des Streitverhältnisses galten. Daraus folgt indeß keineswegs, daß auch ein unverändertes Fortbestehen der zu derselben Zeit bestandenen Gerichtsverfassung gefordert werden könnte. Allein insoferne von ihr das Verfahren abhängt, wie bei der Instanzenzahl und also eine Veränderung in Ansehung ihrer auch das Verfahren ändert, wenn nicht die Gesetzgebung die Vorkehrung getroffen hat, daß auch bei der neuen Verfassung das frühere Verfahren noch in den anhängigen Prozessen beobachtet werden könne, besteht, wenn dies unterblieben, immer noch ein Anspruch

der Partheien gegen die Staatsgewalt, die Voraussetzungen für die Möglichkeit des Verfahrens nach den alten Normen zu gewähren, insofern nicht das neue Gesetz zugleich das Verfahren in einer der neuen Verfassung entsprechenden Weise abgeändert und diese Abänderung ausdrüklich auch auf die anhängigen Prozesse bezogen hat."

In gleicher Weise spricht sich

Mittermaier im Archiv für die civilist. Praxis Band X., pag. 121 ff.

aus.

Im Art. II. der Schlußbestimmungen zur neuen P.O. wird bemerkt, daß dies Gesetz auf die am Tage des Eintritts seiner Wirksamkeit (dem 1. Juli 1851) bereits vorgenommenen Prozeßhandlungen, laufenden Fristen und deren Versäumung, sowie auf die Zuläßigkeit der bereits angezeigten Appellation keine Anwendung finde.

Aus dieser transitorischen Bestimmung in Verbindung mit §. 2 der neuen Prozeßordnung dürfte sich unzweideutig ergeben, daß vom 1. Juli 1851 an, die bei den Verwaltungsbehörden anhängigen Rechtsstreitigkeiten vorliegender Art an die ordentlichen Gerichte übergegangen, daß also die Verwaltungsbehörden von diesem Tage an in ihrer erwähnten richterlichen Funktion aufgehoben sind. Jede weitere Verfügung oder Entscheidung derselben ist daher von diesem Zeitpunkte an als von einer incompetenten Behörde erlassen, zu betrachten, welche eine Nichtigkeit zur Folge hat, zu deren Beseitigung es keines weiteren Rechtsmittels bedarf. *)

Vergl. Blätter für Justiz und Verwaltung, Jahrgang II., pag. 126 und 127.

Diese Ansicht über die Anwendbarkeit der neuen Prozeßordnung auf die schon anhängigen Fälle wird ferner dadurch unterstützt, daß in Art. 2 der transitorischen Bestimmungen der Prozeßordnung vom 31. Dezember 1831 verordnet war, daß dieselbe auf diejenige Instanz, in welcher sich ein Rechtsstreit an dem Tage des Eintritts ihrer Wirksamkeit (1. Mai 1832) befinde, keine Anwendung finde, diese Bestimmung aber in den Schlußartikeln der neuesten Prozeßordnung weggefallen ist.

Nach dieser Betrachtung ergibt sich folgendes Resultat:

1) Das Erkenntniß der großh. Regierung des Oberrheinkreises vom 8. Januar 1851 besteht zu Recht, da es unter die Herrschaft des früher geltenden Gesetzes fällt. Vor einem Richter erster Instanz kann diese Sache nicht noch einmal ventilirt werden, da ein erstinstanzliches rechtsgiltiges Erkenntniß vorliegt. Allein auch nur dieses kann den Grund der Zurückweisung einer neuen Klage vor dem Gericht der untersten Instanz sein, nicht aber, wie der Unterrichter irrig angenommen hat, die Einrede der res judicata, da ja in keiner Weise ein rechtskräftiges Administrativerkenntniß vorliegt, noch die Einrede der Litispendenz, da diese wohl an und für sich nur dann begründet erscheint, wenn ein Rechtsstreit bei einem Gericht noch pendent ist, d. h., wenn dieses Gericht noch besteht.

2) Das Erkenntniß großh. Ministeriums des Innern vom 5. September 1851 ist nichtig. Der rechtzeitig angezeigte Rekurs gegen das oben erwähnte Regierungserkenntniß kann nur vom Gericht zweiter Instanz erledigt und entschieden werden. Es gelangte zwar diese Sache in Folge der gegen das Urtheil des großh. Stadtamts Karlsruhe vom 11. Juli v. J. angezeigten und ausgeführten Appellation auch vor die zweite richterliche Instanz und man könnte glauben, daß der mittelrheinische Gerichtshof auch in dieser Weise angerufen sich hätte veranlaßt sehen sollen, in materieller Beziehung ein Erkenntniß zu geben. Diese Meinung dürfte aber schon deßhalb unrichtig erscheinen, weil das großh. Hofgericht des Mittelrheinkreises in der Beschwerdeschrift nur als Appellationsinstanz gegen das Urtheil des großh. Stadtamtes Karlsruhe, nicht aber auch gegen das Erkenntniß der großh. Regierung des Oberrheinkreises zur höheren Entscheidung aufgerufen war.

Karlsruhe, den 1. Januar 1854.

Karl Link, Rpkt.

---

*) Auch nichtige Urtheile gehen in Rechtskraft über, wenn sie unangefochten bleiben. Daß aber das Erkenntniß des großh. Ministeriums des Innern nichtig sei, wird sich kaum behaupten lassen. Ohne Zweifel wird nämlich der Rekurs gegen das Erkenntniß der großh. Kreisregierung vom 8. Januar 1851 bereits angemeldet, ausgeführt und spruchreif verhandelt gewesen sein, als die neue Prozeßordnung am 1. Juli 1851 in Wirksamkeit getreten ist. Unter dieser Voraussetzung war das großh. Ministerium des Innern in Gemäßheit der §§. 40. 284. No. 5, vergl. mit Art. II. der Schlußbestimmungen zur neuen Prozeßordnung auch nach dem 1. Juli 1851 noch competent, den schon vorher anhängig gewordenen Rekurs zu erledigen.

Doch sei dem, wie ihm wolle, so mußten die Kläger gegen das Erkenntniß vom 5. September 1851 die nunmehr zuläßige Oberberufung ergreifen, um entweder für den Fall der Unzuständigkeit des Ministeriums die Aufhebung seines Erkenntnisses und die Verweisung der Sache an das Hofgericht als zweite Instanz zu beantragen, oder aber für den entgegengesetzten Fall eine Abänderung dieses Erkenntnisses in der Hauptsache zu begehren. D. R.

II.

Zur Erläuterung der bürgerlichen Prozeß-Ordnung.

V. Verkündung der Beweiserkenntnisse.

(Schlußwort gegen Annalen Jahrg. XXI., No. 2, S. 9.)

Nur noch einige Worte über unsere anziehende Formfrage: ob die Verkündung der Beweiserkenntnisse immer an die Partheien selbst geschehen müsse. Einiges Neuvorgebrachte gibt Anspruch auf Erwiederung:

1) Der Spruch: lex ita scripta est (fiat justitia, pereat mundus) führt, in „altväterischer Denkweise" aufgefaßt allerdings zu sehr unerquicklichen Ergebnissen. Ich setze diesem Machtspruch die Loosung entgegen: Erforschung des Sinnes des Gesetzes im Geist und in der Wahrheit und ich lebe der freudigen Ueberzeugung, daß hiemit die ächte „Stabilität des Rechtes" weit besser gewahrt und befestigt wird, als durch hartnäckiges Standhalten auf „der festen Burg" des Buchstabens. Wer aber bei ungeänderten Buchstaben des Gesetzes für eine durch lange Rechtsübung bewährte, durch das großh. Justizministerium selbst seiner Zeit gebilligte, Gesetzesauslegung kämpft, der wirkt doch wohl, sollt' ich meinen, mehr für Erhaltung, als für Zerstörung oder Schwächung des Rechts.

2) Die Gebrauchsanweisung zu P.O. §. 365: „suche, welche Bestimmungen über die Verkündung der Urtheile gegeben sind und wende sie auf die Beweiserkenntnisse an", laß ich gelten, nur füge ich zur Ergänzung des Recep tes hinzu: „nimm auch die gesunde Vernunft zu Hilfe, die du von deiner Frau Mutter geerbt hast und wende sie an." Probatum est!

3) Auf Randüberschriften des Prozeßgesetzes rechtliche Schlüsse zu bauen, scheint mir schon an sich ein sehr gewagtes Unternehmen, fast ebenso gewagt, als wenn man aus Büchertiteln oder Capitelüberschriften wissenschaftliche Ergebnisse gewinnen wollte. Es ist bekannt, wie trügerisch solche Titel sind; der Inhalt ist es, welcher entscheidet. (Aus diesem Grunde habe ich auch die Randüberschrift zu §. 1197 bei Darlegung der Bedeutung der Beweisauflage absichtlich nicht mit angeführt.)

Daß aber der Sache und dem Inhalt nach nicht blos die Bestimmungen der §§. 340 bis 346 der P.O., sondern auch die nachfolgenden §§. auf die Urtheilsverkündung sich beziehen, lehrt der Augenschein und der Vortrag meines verehrten Herrn Gegenpartners selbst, insofern er den §. 347 theilweise dazu zu nehmen genöthigt ist. Es gehören jedoch ohne Zweifel die §§. 347 bis 349 dazu, was hinsichtlich des §. 349 sogar die Ueberschrift ausdrücklich anzeigt, wenn darauf etwas ankommen könnte.

Dem Versuche, dem wenigsagenden §. 366 der P.O. ein selbstständigeres Dasein und eine größere Bedeutung zu retten, läßt sich einfach die obige Gebrauchsanweisung zu §. 365 entgegengehalten. Die Entscheidungsgründe bilden ja einen nicht unwesentlichen Theil des Urtheils.*)

4) Die Unzulässigkeit einer wesentlichen Scheidung und Entgegensetzung der Beweiserkenntnisse und Beweisauflagen ergibt sich schon aus den gegnerischen Einräumungen; die Annahme einer weitern und engern Bedeutung des Wortes „Beweisauflage" findet im Gesetz keine genügende Rechtfertigung, da in allen hiefür angeführten Stellen blos wegen Unanwendbarkeit der engern Bezeichnung „Beweiserkenntniß" der allgemeinere Ausdruck „Beweisauflage" gebraucht ist. Die Vereinigung der Worte Beweisauflage und Beweisverfügung würde (unnöthiger Weise) zu Verirrungen führen, ist daher auch gar nicht zu empfehlen.

5) Das Unpassende und dem System der Prozeßordnung in Bezug auf Rechtskraft und Abänderung der Beweiserkenntnisse Widersprechende der gegentheiligen Auffasfassung des §. 365 scheint auf der gegnerischen Seite selbst nicht ganz verkannt zu werden. Es springt in die Augen und ist im Früheren zur Genüge dargelegt worden, hierüber kein Wort mehr.

Was dagegen die beanstandete Scheidung des Enderkenntnisses von der urtheilsmäßigen Beweisauflage hinsichtlich der Verkündung an die Partheien in dem Falle des §. 331. 334 der P.O. betrifft, so wird dieser Anstand wohl keinen unserer Genossen abschrecken und zum Rückzug auf die feste Burg unserer Gegner bewegen. Jene in der Sache selbst begründete Scheidung zeigt sich ja ohnehin in anderen Richtungen als eine nicht zu umgehende Nothwendigkeit, z. B. bei der Ergreifung von Rechtsmitteln nach Maßgabe des §. 332 der P.O. und

*) Ueber die alte Streitfrage in Betreff des Mangels der Entscheidungsgründe, vergl. Annalen, Jahrg. III. S. 96, Jahrg. X. S. 298. D. Einf.

bei dem Ansatz der Urtheilstare nach Maßgabe des Sportelgesetzes Art. 6. 7 und bekannten Erläuterungen.

Eine solche Scheidung im Allgemeinen und in Bezug auf die Verkündung insbesondere erscheint nicht ungeeignet, sondern ganz angemessen und unsere Gerichte pflegen solche, nach einer zweckmäßigen Uebung, schon durch die Fassung des Urtheils (durch verschiedene Ziffern oder Abtheilungen) vorzubereiten und im Voraus anzudeuten.*) Sollte übrigens in dem Falle des §. 331 die Parthei ausnahmsweise etwa zugleich das Beweiserkenntniß mitausgefertigt erhalten, so wäre der Schaden nicht groß.

6) Ebensowenig wird einer unserer Genossen wohl vor der Strenge der Vorschrift des §. 361, die Frist zum Gegenbeweis betreffend, und vor deren behaupteter Verschärfung zurückbeben. Die Gegenbeweisantretung ist nur ein vorbehaltenes und freigegebenes Recht, keine Pflicht und keine Nothwendigkeit. Ein Versäumungserkenntniß wegen Nichtbenutzung der Gegenbeweisfrist findet nicht statt und der Gegenbeweis kann im etwaigen zweiten Rechtszuge nachgeholt werden. Vergl. P.O. §. 361 („etwaige") und §§. 1172.

Uebrigens ist nach §. 361 die Einhändigung oder Eröffnung der Beweisantretung, nicht das Beweiserkenntniß, der den Beginn der Gegenbeweisfrist bestimmende, entscheidende Vorgang, es müßte daher folgerecht eher diese Einhändigung oder Eröffnung an die Parthei selbst bewirkt werden, was hoffentlich nach bestehendem Gesetz Niemand verlangen wird. Gerade weil der Anwalt sich wegen des Beweises ohne dies doch meistens mit seiner Parthei ins Benehmen setzen muß, wird durch die Eröffnung des Beweiserkenntnisses an die Parthei nichts Erhebliches gewonnen.

7) Daß Beweiserkenntnisse nur noch in den wichtigsten Fällen vorkommen, ist keineswegs richtig. Wie ich schon angedeutet habe, können solche immerhin bei dinglichen Ansprüchen ganz unwichtiger Art auch im untergerichtlichen Verfahren, bei dem Oberrichter aber in sehr vielen Fällen, die nicht zu den wichtigsten gehören, noch vorkommen; der Gesichtspunkt der höheren Wichtigkeit (wenn er jene seltsame Ungleichmäßigkeit, den Zwiespalt der Grundsätze überhaupt zu rechtfertigen vermöchte) hilft daher nicht aus der Noth und ebensowenig irgend ein anderer künstlich herbeigezogener Grund, womit um des (scheinbaren) Wortlautes willen das in sich Grundlose gestützt werden soll.

8) Ueber das Zustandekommen der neuen Prozeßordnung, namentlich was die Abweichungen vom Regierungsentwurf betrifft, besitzen wir allerdings keine vollständigen Nachrichten, der Grund davon scheint in der durch die Verhältnisse herbeigeführten Eile zu liegen, welche in den landständischen Kammern damals obwaltete und wohl schon mehr als einen Mißstand zur Folge hatte. Allein gerade wegen dieses Umstandes muß man bei Auslegung des Gesetzes und insbesondere in Bezug auf Neuerungen, die in den landständischen Kammern hinzugefügt wurden, mit großer Vorsicht zu Werke gehen, mit größter Vorsicht aber da, wo es sich um Neuerungen handelt, die von so zweifelhaftem Werth und Grund erscheinen, und, soweit die Nachrichten reichen, nirgends begehrt, nirgends bevorwortet, ja nirgends als Neuerungen genügend ausgedrückt und kennbar gemacht sind, sondern nur indirekt aus dem ungeändert beibehaltenen, aber dehnbaren älteren Wortlaut des Gesetzes im Hinblick auf die jetzige äußerliche Gestaltung der Prozeßordnung gefolgert werden sollen. Unter solchen Verhältnissen wird sich der oben beantragte Zusatz zu dem gegnerischen Recept als heilsam bewähren und dessen Beherzigung zu einer gesunden Rechtsentwicklung führen. Unsere Quellen enthalten aber, wie ich nachgewiesen habe, doch Manches was für unsere Streitfrage nicht ohne Gewicht ist.

„Der Rest ist Schweigen" sag ich nun mit Hamlet und reiche meinem Herrn Gegner mit freundlichem Gruße die Hand.

Eduard Brauer.

III.

1) Der Gantanwalt kann, wenn er gegen den Ordnungsbescheid appellirt, nur solche Anträge auf Abänderung stellen, bei welchen die Gesammtheit der vorrechtslosen Gläubiger betheiligt ist.

2) In Ansehung derjenigen Gläubiger, von welchen oder gegen welche das Ganturtheil nicht angefochten wurde, geht dasselbe in Rechtskraft

*) Dies entspricht auch der Fassung des §. 331. 334. D. Eins.

über, mit der Wirkung, daß es zu ihren Gunsten vom Oberrichter nicht abgeändert werden darf. Pr.O. §. 684 und 686.

Martin gegen Greulich.

In der B. Greulich'schen Gant war durch den Ordnungsbescheid eine Forderung des M. Martin mit Vorrang auf den Erlös sämmtlicher Liegenschaften des Gantmanns vom 19. Februar 1848 in die dritte Classe gesetzt worden.

Dagegen ergriff der Gantanwalt die Berufung und bat, die gedachte Forderung als vorrechtlos in die fünfte Classe zu lociren.

Das großh. Hofgericht setzte aber die Forderung mit uneingetragenem richterlichen Unterpfandsrecht vom 26. Oktober 1849 in die vierte Ordnung

In Folge der von Martin eingewandten Oberberufung wurde unterm 20. Dezember 1853 das hofgerichtliche Urtheil aufgehoben und das amtliche wieder hergestellt.

Oberhofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Wenn die Prozeßordnung — §. 884 — die Befugniß des Gantanwalts zur Ergreifung von Rechtsmitteln gegen das Ganturtheil auf diejenigen Theile des Letztern beschränkt, bei deren Abänderung auch die Gesammtheit der unbevorzugten Gläubiger betheiligt ist, und ihm auch nur in dieser Beziehung der Vertretung der Masse gestattet, wenn ein einzelner Gläubiger ein Rechtsmittel ergriffen hat, so folgt hieraus mit Nothwendigkeit, daß der Gantanwalt auch nur solche Anträge auf Abänderung zu stellen berechtigt ist, bei welchen auch die Gesammtheit der vorrechtslosen Gläubiger betheiligt ist, mithin kein Gesuch stellen kann, dessen Willfahrung zwar wenigen bevorrechteten Gläubigern zu gut käme, für die Creditoren der fünften Classe aber völlig gleichgültig wäre.

Im vorliegenden Falle hat auch der Gantanwalt bei der Ausführung des Rechtsmittels der Appellation sich nur darüber beschwert, daß der Oberappellant Martin statt in die fünfte Classe in die dritte gesetzt worden sei, und keinen andern Antrag gestellt, als in die fünfte Ordnung zu lociren. In diesem Antrag durfte nicht der eventuelle, auf Verweisung in die vierte Ordnung gerichtete, gefunden werden, weil es für die Gläubiger der fünften Ordnung ganz unerheblich ist, ob Martin in der dritten oder vierten Ordnung eingereiht wird, der Gantanwalt also zu einem solchen eventuellen Antrag nicht legitimirt ist.

Nachdem der Gerichtshof zweiter Instanz den appellantischen Antrag auf Verweisung Martins aus der dritten in die fünfte Ordnung für rechtlich unbegründet erkannt hatte, mußte somit der unterrichterliche Ordnungsbescheid in Beziehung auf den Appellaten lediglich bestätigt werden.

Mag auch in der ersten Instanz dem Gantanwalt, bevor der Classificationsbescheid verkündet ist, in Bezug auf die Untersuchung der Liquidität und Priorität eine ausgedehntere Befugniß zustehen, so bestimmt doch das Gesetz nach der Verkündung des Ganturtheils genau die Fälle, worin er zur Ergreifung eines Rechtsmittels legitimirt ist; es zieht engere Grenzen für seine Befugnisse und verordnet, daß in den übrigen Beziehungen das Urtheil in Rechtskraft übergehen soll. — P.O. § 886.

Die Grundsätze von der Rechtskraft würden verletzt, wenn man Gläubigern bevorzugter Classen, obschon sie sich bei der ihnen durch den Ordnungsbescheid angewiesenen Stellung vollkommen beruhigten, in Folge eines von dem Gantanwalte ergriffenen Rechtsmittels eine noch bessere Lage bereiten wollte, ohne daß dies der Gesammtheit der unbevorzugten Gläubiger irgend zu gut käme.

Dies wäre hier der Fall. Die Zurücksetzung des Oberappellanten aus der dritten in die vierte Ordnung käme lediglich den ihm nachgesetzten Gläubigern der dritten und vierten Ordnung zu gut, welche keine Rechtsmittel eingelegt haben, und würde dagegen die Klage der fünften Classe ganz unberührt lassen.

A. d. Gr. ꝛc.

Anzeige.

Von competenter Stelle ist uns die Erläuterung zugegangen, daß die in No. 2 unter IV. gemachte Mittheilung nur das Bruchstück eines amtlichen Decrets sei, wodurch ein Vergleichsvorschlag bezweckt werden wollte.

D. R.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXI. No. 5. Mannheim, 28. Januar 1854.

I.

Entscheidungen

französischer Gerichtshöfe, insbesondere des Cassationshofs über einzelne Rechtsfragen aus dem Code civil und aus dem Code de commerce.

(Fortsetzung von Jahrg. XX., No. 50.)

55) Art. 437. 438 und 524 des Code de com.

Die Erklärung des Zahlungsunvermögens einer Handelsgesellschaft, insbesondere einer Commandit-Gesellschaft hat nicht nothwendig und unbedingt, ipso facto, den Eintritt des persönlichen Zahlungsunvermögens des solidarischen oder des geschäftsführenden Gesellschafters zur Folge. Dieser letztere bleibt vielmehr den Klagen seiner persönlichen Gläubiger unterworfen, ohne sich auf den Zustand seines Zahlungsunvermögens in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer der Gesellschaft, noch auf einen Vergleich, welchen er in dieser Eigenschaft mit den Gläubigern der Gesellschaft zu Stande gebracht hat, berufen zu können.

A. Charron errichtete nacheinander zwei Commanditgesellschaften, deren jeder er als geschäftsführender Theilhaber vorstand. Derselbe zeigte später das Zahlungsunvermögen der zweiten Gesellschaft an, welches auch förmlich ausgesprochen, aber durch Vergleich (concordat) mit den Gläubigern erledigt wurde. Noch später wurde Charron von einem persönlichen Gläubiger in Anspruch genommen, der seine Forderung in der Gant der erwähnten Gesellschaft nicht angemeldet und an dem Vergleich keinen Theil genommen hatte. Charron setzte diesem Gläubiger entgegen, daß er versäumt habe, seine Forderung bei der stattgehabten Liquidation geltend zu machen, und daß in Folge des Concordats alle Forderungen gegen ihn (Charron) erloschen seien; diese Einwendung wurde aber von dem betreffenden Gericht erster Instanz ebenso wie vom Appellationsgericht von Orleans verworfen.

Gründe: In dem Verwalter einer Handelsgesellschaft (gérant) muß man zwei Wesen wohl unterscheiden; auf der einen Seite personificirt sich in demselben die Gesellschaft, auf der anderen Seite bleibt ihm hinsichtlich seiner eigenen, besondern Verhältnisse, eine Individualität für sich, seinen persönlichen Gläubigern gegenüber. Nach dem Gesetz und nach der Logik muß dieser verwaltende Gesellschafter unter dem angegebenen doppelten Gesichtspunkt eines Schuldners aus besonderen Verhältnissen und eines persönlichen Schuldners betrachtet werden. Hieraus folgt, daß zwei Erklärungen des Zahlungsunvermögens gegen eine solche doppelte Person erfolgen und zwei Gantverfahren gegen dieselbe eingeleitet werden müssen. Die Gläubiger der Gesellschaft sind aber weder dazu legitimirt, noch haben dieselben ein Interesse dabei, gegen den Verwalter der Gesellschaft für seine Person das Zahlungsunvermögen erklären zu lassen, weil er denselben ohnehin mit seinem ganzen persönlichen Vermögen verhaftet ist: Anders verhält es sich jedoch hinsichtlich seiner persönlichen Gläubiger. Ihre Sache ist es, wenn sie glauben ihr Interesse dadurch zu besorgen, die Erklärung des persönlichen Zahlungsunvermögens gegen ihren Schuldner zu veranlassen, und wenn keiner derselben diese Maßregel ergreift, wenn der Schuldner nicht selbst die Erklärung seines Zahlungsunvermögens bewirkt, oder wenn dasselbe nicht von Amtswegen ausgesprochen wird, so erscheint es als unzuläßig, dieses Zahlungsunvermögen als eine Rechtsfolge, aus einem Urtheil abzuleiten, welches dasselbe hinsichtlich ganz anderer Interessen erklärt. Ein Vergleich in der Gant einer Gesellschaft kann aber nur von den Gläubigern der Gesellschaft zugestanden werden, und wenn

nach Art. 524 des Code de com. ein bestätigtes Concordat für alle Gläubiger verbindlich ist, mögen dieselben in der Bilanz aufgeführt sein oder nicht, mögen ihre Forderungen sicher gestellt worden sein oder nicht, so bezieht sich doch diese Bestimmung, wenn man dieselbe richtig versteht, allein auf diejenigen Gläubiger, welche ein Recht hatten, an dem Concordat Theil zu nehmen und die aus diesem Grund dazu berufen werden mußten; dagegen kann diese Bestimmung nicht gegen die persönlichen Gläubiger angerufen werden, wenn es sich um die Gant einer Handelsgesellschaft handelte, weil in diesem Fall die persönlichen Gläubiger keinerlei Recht hatten, sich bei dem Concordat zu betheiligen. Hiernach erscheint es aber als unerheblich, daß der Kläger in der Bilanz aufgeführt, daß seine Forderung aus Irrthum bei der Berechnung des Passivstatus der Gesellschaft mit aufgenommen wurde und daß er in Folge dessen zu den Versammlungen der Gläubiger beigezogen worden ist, weil er mit der Behauptung, er sei persönlicher Gläubiger, seine Forderung bei dem competenten Civilgericht eingeklagt hat, statt an den Gantverhandlungen Theil zu nehmen. (Urtheil des Appellhofs von Orleans vom 27. November 1850. Sirey 1851. II. S. 34.)

56) Art. 688. 689. 690. 691. 2226 und 2229 des C. c.

Die Grunddienstbarkeit, den Ablauf des Wassers zum Zweck des Fischfangs aus einem Teich auf die tiefer liegenden Güter zu bewirken, erscheint, wenn sie sich durch offene Werke ankündigt, die geeignet sind, den Ablauf des Wassers zu befördern, als eine **offene** und **selbstständige** Dienstbarkeit, selbst dann, wenn zur Ausübung derselben eine Schleuse gezogen werden muß, welche das Wasser zurückhält.

Ein großer Teich des A. **Fevez** war gegen die Straße von Paris nach Metz zu mit einer Schleuse versehen, sodaß man durch das Ziehen derselben das Wasser vermittelst eines in jener Straße angebrachten Deichels, jenseits derselben durch einen Canal in den Fluß Aure abfließen lassen konnte. Dieser Canal war gegen die Landstraße zu auf dem Eigenthum des Fevez, gegen den Fluß zu aber auf den Aeckern und Wiesen des C. **Plaint** angelegt. Alle diese Anlagen deuteten auf den Zweck hin, vermittelst derselben das Wasser zur Zeit des Fischfangs abzulassen.

Als nun im Jahr 1841 Fevez den Teich ausfischen ließ, ergriff derselbe zwar alle gewohnten Maßregeln, um eine Ueberschwemmung zu verhüten, allein in Folge häufigen starken Regens war dies nicht vollständig möglich und die Güter des Plaint wurden durch Ueberschwemmung wirklich beschädigt. Plaint erhob deßhalb eine Entschädigungsklage gegen Fevez vor dem Friedensrichter, welcher dieser eine Besitzklage entgegensetzte; die in diesem Rechtsstreit erlassenen Urtheile letzter Instanz wurden aber wegen unstatthafter Cumulation des Petitorium mit dem Possessorium vom Cassationshof aufgehoben und die Sache zur weiteren Verhandlung vor das Tribunal zu Chalons-sur-Marne verwiesen. (Sirey 1845. I. S. 816.)

Fevez stellte nun bei diesem Tribunal eine zweite Besitzklage an, mit welcher er Schutz im Besitz des Rechtes verlangte, das Wasser seines Teichs, wenn die Zeit des Fischfangs gekommen, über das Eigenthum des Plaint zu leiten und zwar ohne demselben zur Entschädigung verpflichtet zu sein, selbst wenn die Güter des Plaint dadurch überschwemmt werden sollten.

Diese Klage wurde aber verworfen; weil das Gericht die angesprochene Dienstbarkeit, wegen des nur periodischen Gebrauchs derselben in bestimmten mehr oder weniger von einander entfernten Zeiträumen und wegen des Umstandes, daß zur Ausübung derselben der Handlung von Menschen bedürfe, für eine unständige hielt, und weil das Recht, das Abfließen des Wassers zu bewirken, nicht das Recht in sich begreifen könne, das dienende Eigenthum zu überschwemmen.

Hiergegen ergriff der Kläger das Rechtsmittel der Cassation

1) wegen Verletzung und falscher Anwendung der Art. 688. 690 und 691 des C. c. und

2) wegen Verletzung und falscher Anwendung der Art. 2226 und 2229 des C. c.

Rechtfertigung: Bei der Untersuchung und Feststellung des Charakters einer Grunddienstbarkeit, ob dieselbe z. B. wie im vorliegenden Fall eine selbstständige oder eine unzuständige sei, muß weniger auf die Ausübung derselben und auf den Gebrauch der davon gemacht wird, als auf die Art wie dieselbe **durch Anlagen begründet** (organisée) worden, sowie auf ihren **Zustand** und auf ihre **Fähigkeit benutzt zu werden**, (aptitude) gesehen werden. Hiernach genügt aber zur Annahme der **Selbstständigkeit** eines Dienstbarkeitsrechts, daß über die Oertlichkeiten **ein für allemal** zur Benutzung desselben verfügt worden und zwar

auf eine Weise, daß nicht jede Benutzung der Berechtigung eine neue Herrichtung der nöthigen Anstalten erfordert: denn die Ständigkeit einer solchen Berechtigung tritt in den Anlagen hervor, welche ohne Unterbrechung das Recht anzeigen, das man durch Ersitzung erwerben will, und welche den Gebrauch desselben zu einem ständigen oder quasi ständigen machen und machen können. Und wenn es auch der Hand eines Menschen bedarf, um die Schleuse zu ziehen, so erscheint doch das Dienstbarkeitsrecht demungeachtet als ein selbstständiges, weil die Benutzung desselben eine fortgesetzte und fortwährende sein kann, ohne daß es dazu der Bewirkung eines Menschen bedarf. Wo kein Verbot des öffentlichen Rechts entgegensteht, erscheint der Eigenthümer eines Grundstücks unbedingt berechtigt, dasselbe dem Recht der Ueberschwemmung von Seiten seines Nachbars durch Vertrag zu unterwerfen; wenn daher das bestrittene Dienstbarkeitsrecht als offenes, selbstständiges, überhaupt durch Ersitzung erworben werden kann, so kann es auch in der Ausdehnung auf diese Weise erworben werden, daß sich der Eigenthümer des dienenden Guts die Ueberschwemmung des letztern gefallen lassen muß, abgesehen davon, daß ihn schon die Bestimmung des Art. 640 des C. c. im Allgemeinen dazu verpflichtet.

Der Cassationshof hob das Urtheil des Tribunals aus folgenden Gründen auf:

Selbstständige und offene Grunddienstbarkeiten sind diejenigen, von welchen man Gebrauch macht oder Gebrauch machen kann, ohne daß es dazu der Mitwirkung eines Menschen bedarf und welche sich durch offene Werke ankündigen. Dagegen ist der Umstand, daß ein Dienstbarkeitsrecht nicht von beständiger Wirksamkeit ist, nicht von der Art, daß dadurch der Charakter desselben verändert werden könnte; eine solche Berechtigudg bleibt vielmehr ihrem Wesen nach eine vollständige, wenn auch die Ausübung derselben mehr oder weniger langen, mehr oder weniger häufigen Unterbrechungen unterworfen ist und wenn die Benutzung je nach obwaltenden Verhältnissen nur in bestimmten Zeiträumen und nach gewissen Zwischenräumen möglich ist. Das Dienstbarkeitsrecht, das Wasser eines Teichs auf niederliegende Grundstücke zum Zweck des Fischfangs abfließen zu lassen, welches sich durch offene und beständig bleibende Anlagen ankündigt, die geeignet sind, den Abfluß des Wassers zu erleichtern, schließt aber alle Eigenschaften eines selbstständiger und offenen Dienstbarkeitsrechts in sich, wie sie das Gesetz zur Möglichkeit des Erwerbes durch Ersitzung und zur Erhebung einer Besitzklage erfordert. Im vorliegenden Fall kündigt sich nun das Dienstbarkeitsrecht durch einen äußeren Apparat, nämlich durch eine Schleuse und durch Gräben an, welche dazu bestimmt sind, den Abfluß des Wassers auf die Güter des Beklagten zu bewirken. Ein solches Dienstbarkeitsrecht ist aber ein selbstständiges und offenes, weil es sich selbst erhält für die Gegenwart und für die Zukunft durch den Gebrauch, welcher davon in den dazu geeigneten Zeiträumen gemacht wird, in der Zeit und nach der Weise, welche die Natur des Rechts und die Natur des Guts, auf welches dasselbe Anwendung findet, mit sich bringt; und weil dies durch äußere Zeichen der Fortdauer sich offenbart. Die vorübergehende Handlung des Ziehens der Schleuse, um den Abfluß des Wassers aus dem Teich zu bewirken, ist auch nicht diejenige That eines Menschen, welche das Gesetz bei der Bestimmung des Begriffs von unständigen Dienstbarkeiten im Auge gehabt hat. Der Kläger hat aber den Beweis angeboten, daß er sich im einjährigen Besitz des Rechtes befinde, den Abfluß des Wassers aus seinem Teich auf die Grundstücke des Beklagten zu bewirken; derselbe hat auch beim Gebrauch seines Rechts alle gewohnten Vorsichtsmaßregeln ergriffen und dasselbe ganz so wie früher, nach seiner Natur und nach den Bedürfnissen des herrschenden Guts benützt. Durch die Thatsachen, deren Beweis der Kläger angeboten hat, konnte aber der Besitz einer ersitzbaren Dienstbarkeit dargethan werden, das Tribunal hat daher dadurch, daß es jenen Beweis verwarf, weil eine unständige Dienstbarkeit vorliege, durch welche eine Besitzklage nicht begründet werde, die Artikel 691 und 2226 des C. c. falsch angewendet und die Art. 688. 689. 690 und 2229 des C. c. und ebenso den Art. 23 des Cod. proc. offenbar verletzt. (Urtheil des Cassationshofs vom 18. Juni 1851. Sirey 1851. I. S. 513.)

57) Art. 682 des C. c.

Ein Gutsbesitzer, welcher durch Veräußerung von einem Theil seines Grundstücks diesen Theil von dem öffentlichen Weg dergestalt abschneidet, daß derselbe vollkommen eingeschlossen wird, ist kraft Gesetzes verbunden, dem Erwerber jenes Theils einen Weg zu verschaffen; und dieser hat kein Recht einen Weg über die Grundstücke seiner Nachbarn zu verlangen, wenn nicht auf dem von ihm erworbenen Theil ein durch Titel oder durch Ersitzung erworbenes Recht ruht.

Ein zum Vortheil eines eingeschlossenen Grundstücks

durch Titel oder durch Ersitzung auf ein benachbartes Grundstück erworbenes Wegrecht besteht fort, trotz der Vereinigung des eingeschlossenen Grundstücks mit anderen, welche dem nämlichen Eigenthümer gehören und an den öffentlichen Weg stoßen. Und wenn das so vereinigte Grundstück von den andern wieder getrennt wird, so sind die Eigenthümer derselben nicht schuldig, das Durchgangsrecht über dieselben zu dulden.

Deverchin hatte ein Grundstück besessen, welches eingeschlossen und auf der einen Seite von der Wiese des Collin, auf der andern Seite von einem Acker der Julien begrenzt war, welche beide auf den öffentlichen Weg stießen.

Im Jahr 1844 kaufte Collin das Grundstück des Deverchin, derselbe gerieth aber bald darauf in Vermögenszerfall, seine Liegenschaften wurden versteigt und so kam die oben erwähnte Wiese in die Hände des Carlot, das von Deverchin gekaufte Grundstück aber wurde Eigenthum des Guilin.

Carlot wollte nun ein Wegrecht des Guilin über seine Wiese nicht dulden und erhob eine Negatorienklage gegen denselben, mit welcher er zugleich zu beweisen suchte, daß dem Beklagten für sein Grundstück ein Wegrecht über jenes der Julien zustehe, über welches dasselbe zu allen Zeiten ausgeübt worden, bevor Collin das Grundstück von Deverchin mit der Wiese vereinigte.

Mit dieser Klage wurde Carlot in erster Instanz abgewiesen, auf die von demselben ergriffene Appellation erklärte aber der Appellhof von Douai die durch Urkunden und Zeugen darüber angetretenen Beweise für zulässig, daß

1) vor der Vereinigung der beiden Grundstücke in den Händen des Collin der Weg seit unfürdenklichen Zeiten, oder wenigstens innerhalb der gewöhnlichen Verjährungszeit über das Grundstück der Julien genommen worden; daß
2) nothwendiger Weise das Wegrecht über das Grundstück der Julien erworben worden sein müßte, weil es zu einer gewissen Zeit und während des Zustandes der Abgeschlossenheit vor der Vereinigung, unmöglich war, mit Fuhrwerk von dem Grundstück des Carlot zu jenem des Guilin zu gelangen; daß
3) selbst seit der Vereinigung der beiden Grundstücke Collin den Weg oft über das Grundstück der Julien genommen habe.

Gründe. Die Veräußerung der beiden Grundstücke hat gleichzeitig stattgefunden und zwar durch einen und denselben Vertrag; und wenn auch das von Guilin erworbene Grundstück in Folge des Verkaufs eingeschlossen war, so befand es sich doch unmittelbar vor dem Verkauf nicht in diesem Zustand. Dieser Zustand besteht nämlich rechtlich nur so lange als der Eigenthümer ohne seinen Weg über fremdes Eigenthum zu nehmen, nicht zu seinem Grundstück gelangen kann. Im vorliegenden Fall konnte aber der frühere Eigenthümer beider Grundstücke, Collin, das jetzt dem Guilin gehörige Grundstück benutzen, indem er über jenes des Carlot seinen Weg nahm. Der Zustand der Eingeschlossenheit war daher nicht vorhanden. Wenn aber ein Eigenthümer durch Veräußerung eines Theils seiner Güter, diesen Theil von dem öffentlichen Weg abschneidet, so dürfen die benachbarten Grundstücke, welche anderen Eigenthümern gehören, nicht darunter leiden. Dem neuen Eigenthümer dagegen steht ein Wegrecht über den nicht veräußerten Theil der Güter zu, welcher auf den öffentlichen Weg stößt und dieser Theil kann nur dann davon frei werden, wenn dem veräußerten Theil ein Wegrecht über ein anderes Grundstück kraft eines Titels oder kraft Erwerbs durch Ersitzung zur Seite steht, weil in diesem Fall mit dem Bedürfniß für den veräußerten Theil die gewöhnlichen Folgen der Veräußerung wegfallen. Wendet man diese Grundsätze auf den vorliegenden Fall an, so steht zwar dem Guilin an sich ein Wegrecht über das Grundstück des Carlot zu. Allein Carlot hat dagegen eingewendet, daß dem Grundstück des Guilin ein wohlerworbenes Wegrecht über das Grundstück der Julien zustehe, welches letztere auf die öffentliche Straße stößt, Carlot hat daher auch den Beweis dieser Behauptung zu führen. Dabei versteht es sich auch von selbst, daß dieses Wegrecht, wenn dasselbe vor der Vereinigung schon bestanden, durch solche Vereinigung, welche jedem Dritten fremd war, auf keine Weise leiden oder beeinträchtigt werden konnte. (Urtheil des Appellhofs von Douai vom 23. November 1850. Sirey 1851. II. S. 52. Vergl. auch Sirey 1848. I. S. 193 und Gilbert Art. 682. No. 14 und ff.)

58) Art. 910. 1014 und 1180 des C. c.

Das Gesuch einer öffentlichen Anstalt, wie z. B. eines Hospitals um Auslieferung eines Vermächtnisses hat nicht die Wirkung, daß von dem Tag, an welchem dasselbe angebracht wurde, der Zinsenlauf beginnt, wenn die Anstalt nicht vorher die Staatsgenehmigung zur Annahme

des Vermächtnisses erwirkt hat: vielmehr laufen die Zinsen erst vom Tag des Auslieferungsgesuchs, welchem die Staatsgenehmigung vorangegangen ist.

Bedeutende Capitalien waren einem Hospital vermacht worden. Ohne die Staatsgenehmigung zur Annahme des Vermächtnisses abzuwarten, stellten die Vertreter des Hospitals gegen die Erben des Vermächtnißgebers ein Auslieferungsgesuch; diese wendeten aber ein, daß das Hospital nicht eher ein Recht auf das Vermächtniß habe, als bis die Staatsgenehmigung zur Annahme erfolgt sei, und daß daher der Zinsenlauf nicht eher beginnen könne.

In erster Instanz wurden dem Hospital die Zinsen vom Tag des angebrachten Auslieferungsgesuchs zugesprochen; weil das Hospital auch vor der Staatsgenehmigung berechtigt gewesen sei, sein Recht auf Zinsen zu wahren, und weil, nachdem dies durch das Auslieferungsgesuch geschehen, die Bestimmung des Art. 1014 Anwendung finden müsse.

Auf die von den Beklagten ergriffene Appellation erfolgte aber ein abänderndes Urtheil des Appellhofs von Paris dahin: daß die Zinsen nur vom Tag eines zweiten, nach erfolgter Staatsgenehmigung gestellten Auslieferungsgesuchs zu zahlen seien.

Gründe. Nach Art. 910 des C. c. erhalten die Verfügungen unter Lebenden oder auf den Todesfall zum Vortheil der Verpflegungshäuser u. dergl. ihre Wirkung nur durch hinzutretendes Staatsgutheißen. So lange dieses Staatsgutheißen nicht erfolgt ist, hängt die Wirksamkeit des Rechts von einer aufschiebenden Bedingung ab, das Recht selbst erscheint daher in jeder Beziehung als ungewiß. Erst die von der competenten Staatsbehörde ertheilte Genehmigung der Annahme des Vermächtnisses ertheilt diesem einen definitiven Charakter und dem Erben die Möglichkeit, sich auf rechtsgültige Weise von seiner Verbindlichkeit zu befreien. Allerdings ertheilt der Art. 1180 des C. c. dem Gläubiger, dessen Recht von dem Eintritt einer Bedingung abhängt, die Befugniß, die zur Erhaltung seines Rechts etwa nothwendig werdenden Handlungen vorzunehmen. Allein unter solchen Handlungen sind nur diejenigen zu verstehen, welche zum Zweck haben, entweder den Bestand eines Rechts zu erhalten, welches wegen entgegenstehender Verjährung oder aus einem andern Grund zu verfallen droht, oder dem Verlust des Rechts oder der Verminderung der Sicherheit für den Vollzug der Verbindlichkeit vorzubeugen. Zu diesen Handlungen kann aber ohne ausdrückliche gesetzliche Bestimmung eine gerichtliche Klage nicht gerechnet werden, durch welche nicht blos die Erhaltung, sondern auch die Ausübung des Rechts beabsichtigt wird; auch waren die Vertreter des Hospitals vor erlangter Staatsgenehmigung zur Annahme des Vermächtnisses gar nicht befugt, die erhobene Klage anzustellen. (Urtheil des Appellhofs von Paris vom 27. Januar 1851. Sirey 1851. II. S. 72.)

59) Art. 1075. 1423 und 1338 des C. c.

Die Vermögenstheilung, welche die Eltern nach Art. 1075 des C. c. berechtigt sind, unter ihren Kindern vorzunehmen, darf, wenn dieselbe nur von einem Elterntheil ausgeht, die Güter der Gemeinschaft nicht umfassen, welche zur Zeit der Theilung zwischen beiden Ehegatten noch bestand.

Insbesondere ist die testamentarische Vermögenstheilung, welche der Ehemann unter seinen Kindern gemacht und welche er auch auf Güter ausgedehnt hat, welche Gegenstand der im Ehevertrag mit seiner Frau verabredeten Errungenschaftsgemeinschaft sind, nichtig.

Eine solche Theilung kann auch nicht nach dem Tod des Mannes durch die Zustimmung seiner Frau oder durch den Verzicht derselben auf ihre Rechte an den Gemeinschaftsgegenständen genehmigt werden.

In ihrem Ehevertrag hatten die Eheleute Pintaud die Errungenschaftsgemeinschaft bedungen. Pintaud starb vor seiner Frau und hinterließ ein Testament, in welchem er eine Vermögenstheilung unter seinen Kindern vornahm und durch diese auch über Güter verfügte, welche während der Ehe erworben worden und unbestritten Gegenstand der Errungenschaftsgemeinschaft waren, die zwischen beiden Ehegatten bestand.

Gegen den Inhalt dieses Testaments klagte eines der Kinder auf Theilung der zwischen den Eltern bestandenen Gemeinschaft und auf Theilung der väterlichen Verlassenschaft. In dem hierüber anhängigen Rechtsstreit intervenirte die Wittwe Pintaud mit der Erklärung, daß sie zum Vortheil ihrer durch das Testament bedachten Kinder und zur Aufrechthaltung der von ihrem Mann vorgenommenen Theilung auf alle Rechte verzichte, welche sie auf die in jener Theilung begriffenen Güter ansprechen könne; wobei sich dieselbe jedoch ihre Rechte auf die übrigen Güter der Errungenschaftsgemeinschaft vorbehielt. Allein der

klagende Theil bestritt diese Genehmigung als wirkungslos, weil es an der übereinstimmenden Willenserklärung beider Elterntheile oder doch der Mutter und sämmtlicher Kinder fehle; worauf in zwei Instanzen nach dem Klagantrag erkannt wurde.

Entscheidungsgründe des Appellhofs von Bordeaux.

Das den Eltern nach Art. 1075 des C. c. zustehende Recht erstreckt sich nicht auf die Güter der Ehegemeinschaft, welche während der Ehe weder dem Ehemann noch der Ehefrau ausschließlich gehören, und welche nur nach Auflösung der Gemeinschaft, wenn die Ehefrau die Gemeinschaft angenommen und in Folge der nach den Bestimmungen des Art. 1467 und ff. vorzunehmenden Theilung Eigenthum des einen oder des andern Ehegatten werden können. Der Verzicht der Frau Pintaud aber ist ohne rechtliche Folgen, weil derselbe nicht als ein wahrer Verzicht auf die Gemeinschaft, sondern nur als ein theilweises Aufgeben ihrer Rechte zu Gunsten ihrer Kinder erscheint, weil theilweiser Verzicht auf die Gemeinschaft ungiltig und weil eine solche Freigebigkeit zu Gunsten einzelner Kinder nicht gegen den Willen der andern wirksam werden, noch diesen das bereits ausgeübte Recht eine Theilung zu begehren, entziehen kann. Ein solcher Verzicht kann auch nicht als Genehmigung der Verfügungen des Pintaud gelten, weil erst durch den Tod desselben das Recht seiner Frau auf die Güter der Gemeinschaft eröffnet wurde; weil hiernach der Wille beider Ehegatten nicht zusammentreffen konnte und weil jetzt die Uebereinstimmung aller Erben zur Gültigkeit der Genehmigung erfordert würde. (Urtheil des Appellhofs von Bordeaux vom 8. August 1850. Sirey 1851. II. S. 86.)

60) Art. 123. 125. 134. 2229 und 2262 des C. c.

Die muthmaßlichen Erben eines Abwesenden, von welchem mehr als 30 Jahre alle Nachrichten fehlen, können während dieser Zeit auch ohne den Abwesenheitsprozeß einzuleiten und auf Verschollenheitserklärung anzutragen, wie jeder Dritte die Güter des Abwesenden durch Ersitzung erwerben, selbst gegen andere Verwandte, welche ebenfalls behaupten, muthmaßliche Erben zu sein, wenn ihr Besitz in jeder Beziehung den Erfordernissen der Ersitzung entspricht.

Gründe.

1) Die allgemeine unbedingte Fassung der Art. 2251. 2262 und 2229 des C. c.

2) Kein Gesetz verbindet dem muthmaßlichen Erben, welcher die Güter eines Abwesenden ersitzen will, sich in den provisorischen Besitz derselben einweisen zu lassen; vielmehr sind die schützenden Vorschriften, welche der Titel „von den Abwesenden" enthält, ebensowohl im Interesse des muthmaßlichen Erben des Abwesenden gegeben, welchem viel daran gelegen sein muß, daß die Güter desselben gehörig verwaltet werden, als im Interesse des Abwesenden selbst, dessen Existenz sich täglich als ungewisser zeigt u. s. w. (Urtheil des Appellhofs von Grenoble vom 24. April 1850. Sirey 1851. II. S. 93.)

61) Art. 1166 und 1970 des C. c.

Die Befugniß, das Erlöschen oder die Minderung einer in einem Testamente vermachten Leibrente unter gewissen Voraussetzungen, besonders in dem Fall zu verlangen, daß die Erben des Testators ihr Vermögen entweder verlieren oder dasselbe theilweise verlieren, ist ein ausschließlich persönliches Recht dieser Erben, dessen Ausübung den Gläubigern derselben nicht zusteht.

Frau Groc hatte durch Testament der Anna Dupuy, als Belohnung für geleistete Dienste, eine Leibrente von 400 Fr. vermacht und dabei bemerkt: „Wenn unvorhergesehene Umstände das Vermögen meines Mannes bedeutend schmälern sollten, so daß demselben oder meinen Kindern die Leibrente zu lästig werden würde, so soll dieselbe gemindert werden und im äußersten Fall sogar erlöschen."

Der vorgesehene Fall trat ein und während über die Minderung der Leibrente zwischen dem Sohn der Erblasserin und der Vermächtnißnehmerin ein Rechtsstreit anhängig war, wurde gegen den ersteren der Ausbruch des Zahlungsunvermögens erklärt, worauf die Gläubiger desselben den Rechtsstreit fortsetzen wollten, denselben aber von der Vermächtnißnehmerin die Legitimation dazu bestritten wurde.

Durch Urtheil des Appellhofs von Bordeaux wurden die Gläubiger mit ihrem Begehren zurückgewiesen, weil die Erblasserin nur ihren nächsten Verwandten und nicht auch den Gläubigern derselben vor der Vermächtnißnehmerin den Vorzug habe einräumen wollen und weil es die Motive, auf welchen das Vermächtniß beruht, verkennen hieße, wenn man den nämlichen Vorzug auch den Gläubigern jener Verwandten der Vermächtnißnehmerin

gegenüber einräumen wollte. (Urtheil des Appellhofs von Bordeaux vom 9. April 1850. Sirey 1851. II. S. 94.)

62) Art. 941. 1070 und 1071 des C. c.

Der Abgang des Eintrags einer Schenkung kann dem Beschenkten von einem späteren Schenknehmer entgegengehalten werden.

Salel hatte seinen Sohn Heinrich bei dessen Verheirathung als Vorempfang auf seinen einstigen Erbtheil verschiedene Liegenschaften geschenkt und diese Schenkung war im Ehevertrag des Beschenkten vom 27. September 1814 aufgenommen, aber nicht eingetragen worden. Die nämlichen Güter schenkte der Vater später seinem Sohn Cyrill Salel und der Braut desselben; auch diese Schenkung wurde in den Ehevertrag des Cyrill Salel aufgenommen, aber auch gehörig eingetragen. Nach dem Tod des Vaters Salel verzichtete sein Sohn Heinrich auf die Erbschaft, sein Bruder Cyrill Salel aber bestritt ihm jedes Recht auf die ihm geschenkten Güter.

In zwei Instanzen wurde zu Gunsten des Cyrill Salel erkannt.

Entscheidungsgründe des Appellhofs von Nimes.

Nach allgemeinen Grundsätzen des Rechts steht zwar den allgemeinen Rechtsfolgern eine Umstoßungsklage gegen die Handlungen des Schenkgebers nicht zu, vielmehr sind dieselben verpflichtet, die Verbindlichkeiten desselben zu erfüllen und dessen Handlungen gegen sich gelten zu lassen; auch hat das bürgerliche Gesetzbuch die Ordonnanz vom Jahr 1731 nicht ausdrücklich aufgenommen, welche selbst den Erben des Geschenkgebers das auffallende Recht einräumte, sich auf den Mangel des Eintrags von Schenkungen ihres Erblassers zu berufen und eine constante Praxis hat anerkannt, daß ihnen die Ausübung dieses Rechts nicht zustehe. Allein auf der andern Seite steht das gemeine Recht ebenso entschieden entgegen, einem Schenknehmer, wenn er nur als Singularsuccessor erscheint, jene Einrede zu versagen, weil ein solcher die Verbindlichkeit des Schenkgebers nicht gegen sich gelten zu lassen braucht, sondern gerade dieselbe Stellung einnimmt, wie ein Gläubiger oder wie ein dritter Erwerber. Hiermit stimmt auch die Absicht des Gesetzgebers überein. Dadurch, daß der Gesetzgeber im bürgerlichen Gesetzbuch die Inscription statt der Insinuation vorgeschrieben hat, wollte er an die Erfüllung der Inscription nach Maßgabe des Gesetzes vom 11. Brum. des Jahres 7 alle Wirkungen der Erfüllung jener Förmlichkeit des älteren Rechts knüpfen, wie Bigot de Préameneu als Redner der Regierung ausdrücklich erklärt hat. Insbesondere[1] geht aus dem Art. 26 des Gesetzes vom 11. Brum. des Jahres 7 hervor, daß die Transscription im Interesse aller dritten Personen vorgeschrieben ist, welche mit dem Geschenkgeber in Vertragsverhältnisse getreten sind. Der Geschenkgeber, soweit er nur als Singularsuccessor erscheint, kann aber nicht anders als wie ein Dritter angesehen werden und befindet sich also unzweifelhaft unter denjenigen Personen, welchen die Einwendung des Art. 941 eingeräumt werden wollte. Dabei ist der Unterschied, welchen man zwischen belastenden und nicht belastenden Verhältnissen machen will, offenbar willführlich, weil der Art. 941 denselben verwirft und weil der Gesetzgeber, wenn er zwischen diesen zwei Arten von Rechtsverhältnissen hätte unterscheiden wollen, sich gewiß ausdrücklich darüber ausgesprochen hätte, da ihm der Art. 27 der Ordonnanz vom Jahr 1731 vor Augen lag, welcher den Geschenknehmern und zugleich Erben des Geschenkgebers das nämliche Recht zugesteht, wie dritten Erwerbern und Gläubigern. Da nun überdies der Art. 941 in den Worten „jeder Betheiligte" eine so weite, ausgedehnte Fassung erhalten hat, so kann man von dem Recht von der Einrede des Art. 941 Gebrauch zu machen, nur diejenigen ausschließen, welche den Schenkgeber als allgemeine Rechtsfolger repräsentiren und die Verbindlichkeiten desselben erfüllen müssen. Für die entgegengesetzte Meinung ist in den Art. 1070 und 1072 keine gehörige Grundlage zu finden. Denn die Substitutionen bilden eine specielle Rechtsmaterie, in welcher der Gesetzgeber mit ganz besonderer Strenge vortritt, weßhalb die dort gegebenen Vorschriften auf gewöhnliche Schenkungen keine Anwendung finden können; abgesehen davon, daß dieselben einen ganz anderen Gegenstand behandeln, daß denselben ein ebenso verschiedener Zweck zum Grunde liegt und daß durch dieselben noch ein weiteres Interesse als bei gewöhnlichen Schenkungen gewahrt werden mußte, nämlich das Interesse des Substituirten.

Der Art. 1070 hat auch nur die dritten Personen im Auge, welche von dem belasteten Donatar erworben haben oder dessen Gläubiger sind, während sich der Art. 941 nur mit denjenigen beschäftigt, welche von dem Schenkgeber Rechte ableiten, auf welche ein Anfechtungsrecht gestützt werden kann; weßhalb die Art. 1070 und 1071 auf keine Weise zur Auslegung des Art. 941 benützt wer-

den können. Gegen alle diese Gründe beruft man sich vergebens auf eine Stelle in dem Bericht, welchen Jaubert dem Tribunal erstattet hat, besonders da in keinem Protokoll über die Discussionen zu finden ist, daß die dort ausgesprochene Ansicht Anklang gefunden und da derselben noch überdies die Ansicht eines der Staatsräthe entgegensteht, welcher den thätigsten Antheil an der Vollendung des bürgerlichen Gesetzbuchs genommen hat, nämlich Malleville. Endlich kann auch der Umstand nicht von Einfluß sein, daß die Schenkung, auf welche sich der Appellant beruft, demselben als Voremspfang auf seinen Erbtheil gemacht worden ist, da derselbe seitdem auf die ihm angefallene väterliche Erbschaft verzichtet hat und deßhalb angesehen werden muß, als wäre er nie Erbe gewesen. (Urtheil des Appellhofs von Nimes vom 31. Dezember 1850. Sirey 1851. II. S. 111. Eine ähnliche Entscheidung findet sich bei Sirey 1849. II. S. 672. Vergl. jedoch die entgegengesetzte Entscheidung bei Sirey 1847. II. S. 258.)

63) Art. 1741. 1722. 1382. 1733 und 1730 des C. c.

Wenn die hauptsächlichen Theile des Gegenstandes der Miethe abbrennen, so erlöscht der Bestandsvertrag und der Miether hat das Recht sich hierauf zu berufen, selbst wenn er für die Feuersbrunst verantwortlich ist.

In einem solchen Fall ist der Vermiether nur berechtigt, Entschädigung zu begehren und bei der Bestimmung der Größe dieser Entschädigung darf keine Rücksicht auf den Gewinn genommen werden, welcher dem Vermiether dadurch entgangen ist, daß der Bestandsvertrag nicht fortgesetzt wurde.

Der Miether eines durch Feuersbrunst zu Grund gegangenen Gebäudes, der dafür verantwortlich ist, kann nicht angehalten werden, dasselbe wieder von neuem aufzubauen, derselbe ist vielmehr nur verpflichtet, den Vermiether zu entschädigen.

Die Summe der Entschädigung darf nicht mehr betragen, als der wirkliche Schaden, welchen der Vermiether leidet; derselbe darf daher die Kosten eines Neubaus nicht erreichen, vielmehr muß von dieser Summe ein Betrag in Abzug gebracht werden, welcher dem Unterschied zwischen dem Werth des alten und eines neuen Baues gleich ist.

(Forts. folgt.)

Berichtigung.

In No. 4, S. 32 dieser Bläter ist Sp. 1, Z. 25 von oben „die Vertretung" statt „der Vertretung" und Sp. 2, Z. 32 von oben „Lage" statt „Klage" zu lesen.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXI. No. 6. Mannheim, 4. Februar 1854.

I.

Entscheidungen

französischer Gerichtshöfe, insbesondere des Cassationshofs über einzelne Rechtsfragen aus dem Code civil und aus dem Code de commerce.

(Fortsetzung.)

I. Die Haupttheile einer Papierfabrik, alle Fabrikgebäude nämlich waren abgebrannt, während das Wohnhaus und andere Zubehörden von dem Feuer verschont blieben. Die Verantwortlichkeit für die Feuersbrunst traf unbestritten den Miether, und es fragte sich nur:

1) ob der Miether schuldig sei, dem Vermiether die Miethe vom Tag des Brandes bis zum Ende des Bestandsvertrags zu bezahlen, und

2) ob der Miether verbunden sei, die Fabrik wieder in den Zustand herstellen zu lassen, in welchem sich dieselbe vor dem Brand befunden hatte.

Der Appellhof von Nancy entschied die erste Frage zum Nachtheil des Vermiethers, hinsichtlich der zweiten wurde eine Expertise angeordnet, welche sich darüber aussprechen sollte:

1) welchen Werth der ganze Gegenstand des Bestands-Vertrags im Augenblick gehabt, in welchem der Brand ausgebrochen,

2) welchen Verkaufswerth der nämliche Gegenstand nach dem Brand gehabt habe.

Gründe. Gegenstand des Bestandsvertrags war eine Papierfabrik mit Zubehörden gewesen. Nachdem nun die eigentlichen Fabrikgebäude abgebrannt sind, so ist — da die Zubehörden für die Fortsetzung des Bestandes nicht dienen können — anzunehmen, daß der Gegenstand des Bestandsvertrags in Folge des Brandes aufgehört hat zu existiren. Die rechtliche Folge hiervon ist nach Art. 1741 des C. c. das Erlöschen des Bestandes. Die Bestimmung dieses Gesetzes ist eine absolute und steht in keiner Verbindung mit dem Zufall, dessen der Art. 1722 erwähnt, weil es physisch unmöglich ist, eine Sache fortzugenießen, die nicht mehr existirt.

Was dagegen den Schadensersatz betrifft, welchen der Miether dem Vermiether zu leisten hat, so ist die Wiederherstellung der Fabrik ganz in dem nämlichen Zustand, in welchem sich dieselbe vor der Feuersbrunst befand, eine Unmöglichkeit; den Miether aber für schuldig zu erklären, die abgebrannten Theile auf seine Kosten wieder neu herstellen zu lassen, wäre eine Ungerechtigkeit, denn dadurch würde der Vermiether, ohne dazu berechtigt zu sein, bedeutend bereichert werden, auch müßte in diesem Fall der Miether ihm einen Schaden ersetzen, den er wenigstens zum Theil nicht gehabt hat. Dagegen sind die Grundsätze des Art. 1382 des C. c. bei der Bemessung des Schadens die allein anwendbaren u. s. w. (Urtheil des Appellhofs von Nancy vom 9. August 1849. Sirey 1851. II. S. 129.)

II. Ganz unter denselben Verhältnissen, wie im oben erwähnten Fall verlangte der Vermiether eines Pachthofs, dessen Gebäude abgebrannt waren, vom Miether die Kosten der Wiederaufbauung und zwar gestützt auf Art. 1730 des C. c., nach welchem der Beständer verpflichtet ist, die Bestandsache in dem Zustande wieder zurückzugeben, in welchem er dieselbe erhalten hat. Der Appellhof von Paris erkannte aber im nämlichen Sinne, wie jener von Nancy im Falle No. I. und aus denselben Gründen. (Urtheil des Appellhofs von Paris vom 3. Jänner 1850. Sirey 1851. II. S. 132.)

64) Art. 93 u. 106 des Code de com.

Wenn ein Commissionär, der Vorschüsse auf Waaren geleistet hat, welche ihm zugesandt worden, um dieselben zu einem bestimmten Preis zu verkaufen, keine Gelegen-

heit findet, die Waaren zu diesem Preis zu veräußern, so kann er, wenn Gefahr auf dem Verzug haftet, und wenn der Absender weit entfernt von ihm wohnt, sich von dem Gericht seines Wohnsitzes ermächtigen lassen, die Waaren um den laufenden Preis zu verkaufen und er ist nicht verpflichtet, den Absender vorher auf dem gewöhnlichen Weg zur Verhandlung vorladen zu lassen.

Gründe. Das Vorzugsrecht des Art. 93 des Code de com. und die Analogie des Art. 106 desselben Gesetzbuchs, ohne deren Zulassung jenes Vorzugsrecht in dringenden Fällen illusorisch werden würde. (Urtheil des Appellhofs von Nimes vom 25. Nov. 1850. Sirey 1851. II. S. 133.)

65) Art. 533. 1011. 584 u. 586 des C. c.

Der Legatar, dem das ganze Fahrnißvermögen (les droits mobiliers) des Erblassers vermacht ist, hat ein Recht auf die Pachtschillinge, welche die Pächter des Testators schuldig sind, und zwar für alle Jahre vor dem Tod desselben und für das letzte Jahr bis zum Todestag, ohne daß es darauf ankommt, ob der Pächter die Ernte bereits eingeheimst hat oder nicht. Alles dieses ist auch dann Rechtens, wenn die Pachtschillinge nach dem Tod des Testators erst fällig werden.

A. Bautard starb am 19. August 1849 mit Hinterlassung eines Testaments, in welchem er seinem Neffen Leclerc sein gesammtes unbewegliches und der N. Lochard sein ganzes Fahrnißvermögen (tous les biens meubles et droits mobiliers) vermachte.

Zu der Verlassenschaft gehörte ein Landgut, welches vom 23. April 1845 an für neun auf einander folgende Jahre verpachtet war. Der jährliche Pachtschilling betrug 5400 Fr., welche in drei gleichen Terminen zu bezahlen waren und zwar in der Art, daß die Pachtschillinge jedes Jahrs immer erst im correspondirenden Zeitpunkt des nächsten Jahrs entrichtet werden sollten. So wurde der erste Termin erst am 25. Dez. 1846, der zweite am 1. April 1847 und der dritte Termin am 24. Juni 1847 zahlbar und so fort bis zum Ende des Bestandsvertrags. Beim Tode des Bautard schuldete der Pächter 1) 3600 Fr. für die zwei am 1. April und 24. Juni 1849 fälligen Termine, welche eigentlich zwei Drittheile des Pachtschillings für das Jahr 1848 ausmachten, 2) 5400 Fr. für die drei Termine des Jahres 1849, welche aber erst nach dem Tode des Testators, nämlich am 25. Dezember 1849, 1. April und 24. Juni 1850 zahlbar waren, und 3) ungefähr 1800 Fr. für vier Monate weniger einige Tage für die Zeit vom 23. April 1849 bis zum Todestag des Bautard, welche aber erst am 25. Dezbr. 1850 zahlbar wurden.

Die Lochard nahm alle diese Beträge als Theile des gesammten Fahrnißvermögens für sich in Anspruch, Leclerc gestand ihr aber nur auf die am 1. April und 24. Juni 1849 zahlbaren Termine ein Recht zu, weil alle andern theils nicht solchen Ernten entsprächen, welche vor dem Tod des Erblassers eingeheimst worden, theils am Todestag desselben nicht zahlbar gewesen seien.

In erster Instanz wurde zu Gunsten der Lochard erkannt, wogegen Leclerc appellirte und zur Rechtfertigung seiner Beschwerden ausführte: Der Pachtschilling von einer Liegenschaft repräsentire den Genuß derselben für die betreffende Zeit. Aus diesem Grunde sei der Pächter nach Art. 1769 des C. c. berechtigt, einen Nachlaß am Pachtschilling zu verlangen, wenn eine Ernte ganz oder theilweise zu Grunde gehe, und aus dem nämlichen Grund habe auch der Erblasser die Termine in dem Pachtvertrag so bestimmt, daß der Pächter immer erst dann zu zahlen verbunden sei, wenn er die Ernte des vorhergegangenen Jahres vollständig genossen habe. Es könne auch nicht angenommen werden, daß der Testator beabsichtigt habe, dem Legatar seines Immobiliarvermögens das nackte Eigenthum an dem Pachtgut zu vermachen, was aber offenbar der Fall wäre, wenn die Lochard alle noch nicht bezahlten Pachtschillinge ansprechen dürfe. Ueberdies seien unter dem Ausdruck „droits mobiliers" nur diejenigen ausstehenden Forderungen zu verstehen, auf welche der Erblasser selbst ein Recht gehabt, diejenigen nämlich, welche bis zu seinem Tode verfallen waren.

Der Appellhof zu Orleans bestätigte aber das Urtheil erster Instanz aus folgenden Gründen:

Nach den Art. 584 und 586 des C. c. sind die Güterpachtschillinge als bürgerliche Früchte zu betrachten und werden Tag für Tag erworben. Durch diese gesetzliche Bestimmungen sind die natürlichen Früchte von einem Landgut dem Verpächter gegenüber in eine Geldrente verwandelt worden, und der Pachtschilling repräsentirt nicht mehr die natürlichen Früchte des Gutes, sondern den abgetretenen Besitz und Genuß desselben. Wenn auch der Pächter, der seine Ernte ganz oder theilweise durch höhere Gewalt verloren, Nachlaß am Pachtgeld verlangen kann, so ändert dies doch an der rechtlichen Natur des Pachtschillings nicht das Geringste. Der Pächter bleibt

diesen nach wie vor schuldig, vorbehaltlich eines Nachlasses, nicht für den Verlust des Pächters in einem einzelnen Jahr, sondern nach Ausgleichung mit dem Gewinn aller Pachtjahre. (Art. 1769 des C. c.) Auf der andern Seite ist die Existenz einer Schuld unabhängig vom Verfalltag. Die Absicht des Testators endlich kann nur in den Worten gesucht und gefunden werden, deren er sich bedient hat und diese bedürfen keiner Auslegung, weil sie nicht dunkel sind, wenn man dieselben — und zwar mit Recht — ebenso versteht, wie sie von den Art. 584 und 586 zu verstehen sind. (Urtheil des Appellhofs von Orleans vom 23. Novbr. 1850. Sirey 1851. II. S. 138. Vergl. eine ähnliche Entscheidung des Appellhofs zu Rouen bei Sirey 1828. II. S. 256 und eine entgegengesetzte des Cassationshofs bei Sirey 1832. I. S. 797.)

66) Art. 1965 und 1967 des C. c.

Die Börsengeschäfte, bekannt unter dem Namen „Reports," welche in einer Reihe von Ankäufen von Werthpapieren gegen sofortige Zahlung und Wiederverkäufen derselben auf Ziel bestehen, können je nach den Umständen als verbotene Börsenspiele betrachtet werden, z. B. wenn bewiesen ist, daß nach der gemeinschaftlichen Absicht des Börsenmäklers und seines Auftraggebers, trotz dem daß die Geschäfte über wirkliche Werthpapiere gemacht wurden, welche dem Wechselmakler zur Verfügung gestellt waren, es an dem Willen, Eigenthum zu übertragen und zu erwerben, gefehlt hat. In einem Fall dieser Art steht dem Börsenmakler, der zu solchen Geschäften seine Dienste geleistet hat, keinerlei Klagrecht gegen seinen Auftraggeber zu, weder auf Zahlung seiner Vorschüsse, noch für Courtage oder Commissionsgebühren.

Der Umstand, daß solche Geschäfte für Rechnung von Personen gemacht worden, welche in der Lage waren, die dafür nöthigen Summen anzuschaffen, genügt nicht, die Geschäfte ihres Characters als Börsenspiele zu entkleiden.

Wenn einem Börsenmakler Werthpapiere übergeben werden, um ihm als Deckung für Vorschüsse zu dienen, welche er zum Zweck von Börsenspielen machen könnte, so kann darin nicht die anticipirte Zahlung einer Spielschuld im Sinne des Art. 1997 des C. c. gefunden werden: diese Eigenschaft kommt vielmehr nur den Deckungen in Geld oder in Werthen zu, welche der gemeinschaftlichen Absicht zufolge, nach der Anschaffung zur Zahlung der Vorschüsse des Börsenmaklers dienen sollen.

Kann das so Gezahlte zurückgefordert werden?

Der Börsenmäkler Le Ray hatte auf Rechnung von Le Caron 325 Actien von der Eisenbahn zu St. Germain gekauft. Den Kaufpreis hatte Le Ray gezahlt und derselbe war ihm nicht von Le Caron vergütet worden, vielmehr hatte Le Ray den Kaufpreis dem Le Caron bei Geschäften in Rechnung gebracht, welche an der Börse unter dem Namen „Reports" bekannt sind.

Diese Geschäfte bestehen darin, daß man eine gewisse Anzahl von Werthpapieren gegen sofortige Zahlung kauft und dieselben im nämlichen Augenblick auf Ziel verkauft, in der Absicht die Cursdifferenz zu gewinnen. Diese Geschäfte werden an den durch die Uebung festgesetzten Liquidationstagen, d. h. von Monat zu Monat oder von vierzehn Tagen zu vierzehn Tagen wiederholt und führen an jedem Liquidationstag zu einer Differenzregulirung zwischen demjenigen der solche Geschäfte macht (dem „Reporteur") und zwischen seinem Börsenmakler und zu einer Berechnung von Courtage und Commissionsgebühren zum Vortheil des letztern.

Ganz in gleicher Weise wurden die Report-Geschäfte zwischen Le Ray und Le Caron zwei Jahre lang über die erwähnten Actien fortgeführt, ohne daß dieser jemals die dazu erforderlichen Summen bezahlte. Im Jahr 1848 stellte aber Le Ray eine Rechnung auf, nach welcher er die Zahlung von 96,904 Fr. von Le Caron forderte, wogegen dieser jede Verbindlichkeit seinerseits bestritt, weil die Geschäfte, um welche es sich handle, Börsenspiele gewesen seien. Le Caron verlangte außerdem die Zurückgabe von Werthpapieren, welche er dem Le Ray zugestellt habe, um demselben als Deckung für seine Vorschüsse zu dienen und die Rückzahlung der Summe von 83,802 Fr., welche er an Le Ray in der Meinung gezahlt, daß dieser als sein officieller Vermittler gehandelt, während er seitdem die Gewißheit erlangt, daß Le Ray die Geschäfte auf eigene Rechnung gemacht, indem er selbst gegen ihn (Le Caron) gespielt habe, weßhalb jene Zahlungen nicht als freiwillige Zahlungen einer Spielschuld betrachtet werden könnten.

Aus den Verhandlungen über diese Forderungen und Gegenforderungen war über die Geschäfte, welche beide Theile mit einander gemacht hatten, Folgendes zu entnehmen:

Le Caron hatte während der ganzen zwei Jahre keine einzige von den 325 Aktien bezogen, sondern dieselben immer alle vierzehn Tage zum oben erwähnten Geschäfte wiedergebracht (les a reportées). Während dieser ganzen

Zeit waren nur Differenzen und zwar sehr ansehnliche Summen bezahlt worden. Le Ray hatte auch am 2. Februar 1846 zweihundert Stück Actien von Havre auf Rechnung des Le Caron verkauft, deren Eigenthümer dieser niemals gewesen war. Bei der nächsten Liquidation, am 14. desselben Monats, kaufte und verkaufte Le Caron durch Le Ray wieder und zu gleicher Zeit auch noch zweihundert Stück Actien von Rouen, welche auf Report eingelegt wurden und eingelegt blieben bis zum nächsten Mai. Und in dieser Zeit kaufte Le Caron durch Vermittlung des Le Ray auch noch verschiedene andere Werthpapiere. In einer Rechnung des Le Ray war endlich gesagt: „daß vom März 1847 an keine Spielgeschäfte (operations de jeu) mehr stattgefunden hätten."

Le Ray war jedoch bemüht darzuthun, daß seinen Ansprüchen ganz ernstliche Geschäfte zum Grunde lägen. Die dazu nöthigen Summen seien zwar allerdings nicht von Le Carron, aber von Le Ray geliefert worden, welcher dieselben für jenen vorgeschossen habe. Die verschiedenen „Reports," welche innerhalb zwei Jahren stattgehabt, seien nur das Mittel zum Zweck von Darlehen gegen Faustpfand gewesen, indem Le Caron zu diesem Mittel in der Meinung seine Zuflucht genommen, daß er dadurch bald in den Besitz der Summen gelangen könne, welche ihm nöthig waren, um die gekauften Papiere zu beziehen. Zur Zeit der Geschäfte sei Le Caron auch in einer glänzenden Lage gewesen.

In erster Instanz urtheilte ein Schiedsgericht, welches den Le Ray für schuldig erklärte, dem Le Caron diejenigen Papiere zurückzugeben, welche dieser ihm zur Deckung für die zu leistenden Vorschüsse zugestellt habe, im Uebrigen aber beide Theile mit ihren Forderungen abwies.

Gründe. Das Gesetz erklärt jedes Geschäft an der Börse für eine Wette, bei welchem nicht bewiesen ist, daß die eine und andere der Vertragspersonen am festgesetzten Tag die versprochene Sache, d. h. der Verkäufer die gekauften Gegenstände und der Käufer den Kaufpreis oder die Mittel sich eines oder das andere zu verschaffen, zu ihrer Verfügung gehabt haben. Wenn daher der Käufer sich wirklich im Besitz eines freien zur Zahlung des Kaufpreises hinreichenden Vermögens befand, so hat man in der Praxis immer angenommen, daß das Geschäft als ein im Ernst abgeschlossenes zu betrachten sei. Außerdem verlangt man aber auch neben der Zahlungsfähigkeit des Käufers, daß das Geschäft seiner Natur nach zum Zweck einer vortheilhaften Vermögensanlage eingegangen worden, mit der Absicht, die erworbene Sache zu bezahlen und dadurch den wirklichen Besitz derselben zu erwerben. Geht dagegen aus der Natur des Geschäfts oder aus der Art, wie dasselbe betrieben worden (mécanisme de l'opération), hervor, daß der Käufer nur den Gewinn von Differenzen im Auge gehabt, hat derselbe die gekauften Papiere weder bezogen, noch jemals die Absicht gehabt, sie zu beziehen; hat derselbe vom Anfang des Geschäftes an nur Differenzen erhalten oder bezahlt, dann wird es klar, daß er sich, welches auch seine Zahlungsfähigkeit sei, nur einem Börsenspiel hingegeben, weil man sonst annehmen müßte, es gebe keine Börsenspiele der Zahlungsfähigen, sondern nur solche auf Seiten zahlungsunfähiger Käufer.

Wendet man nun diese Grundsätze und Regeln auf den vorliegenden Fall an, so zeigt sich vor Allem, daß die Anzahl von Aktien von St. Germain, welche Le Caron kaufte, die gewöhnlichen Grenzen einer reinen Capitalanlage nach dem Stande seines Vermögens überschreitet; daß er dieselben niemals bezogen, aber in einem Zeitpunkt von zwei Jahren an jedem Liquidationstag neue Reportgeschäfte damit gemacht hat. Schon hiernach ist nicht anzunehmen, daß ein ernstlich gemeintes Geschäft stattgefunden hat, was unter andern Umständen bei Reportgeschäften an sich allerdings möglich ist. Endlich gibt aber noch die hohe Summe von Differenzen, welche bei achtundvierzig auf einander gefolgten Liquidationen bezahlt wurden, dem Geschäft seinen wahren Character, den Character eines Börsenspiels nämlich. Was dagegen frei und freiwillig zur Tilgung einer Spielschuld bezahlt worden, darf nach ausdrücklicher gesetzlichen Bestimmung nicht zurückgefordert werden, und die Behauptungen Le Caron's, mit welchen er dieser gesetzlichen Regel auszuweichen sucht, entbehren alles Beweises. Die Summen und Werthe, welche dem Le Ray von Le Caron zugestellt wurden, sind als anticipirte Zahlungen zu betrachten und müssen an den ersten Vorlagen des erstern in Abzug gebracht werden, weil sie nur in dieser Absicht gegeben und angenommen worden und weil sie freiwillige Zahlungen darstellen. Das ist aber nur von solchen Zahlungen zu verstehen, welche in klingender Münze oder in solchen Werthen geleistet worden, deren Preis in baarem Gelde vorher schon vereinbart war. Die dem Le Ray von Le Caron zugestellten Werthpapiere sind aber nicht in der Absicht damit zu zahlen, sondern zur Sicherheitsleistung in die Hände des

ersteren gekommen und darin geblieben. Mit diesen Papieren hat daher keine Zahlung stattgefunden und die Gerichte können den Le Ray nicht für berechtigt erklären, diese als Sicherheit für ein Börsenspiel übergebenen Papiere zu behalten; vielmehr ist Le Ray verpflichtet, dieselben herauszugeben.

Auf die von Le Ray ergriffene Appellation bestätigte der Appellhof von Paris das Urtheil der Schiedsrichter unter Adoption der Entscheidungsgründe und fügte denselben noch folgende bei:

Alle Käufe, welche sich zwei Jahre hindurch von vierzehn Tagen zu vierzehn Tagen wiederholt haben, sind eben so viel Scheinkäufe abgeschlossen in der Absicht, um dem Le Caron den Schein eines Eigenthumsrechts an den Actien zu verschaffen und dadurch das getriebene Börsenspiel durch die Form einer Darleihe gegen Faustpfand und eines Reportgeschäfts zu verdecken. Dies konnte am wenigsten dem Le Ray entgehen, der als Börsenmakler die Handlungsweise und die Gewohnheiten der Börsenspieler kennen muß; auch hat sich derselbe in einer seiner Rechnungen deutlich genug darüber ausgesprochen. Daß Le Ray dem Le Caron die Dividenden zukommen ließ, ist unerheblich, denn dies beweißt nicht, daß dieser Eigenthümer der Werthpapiere gewesen, noch kann diese Handlung dem ganzen Geschäft seinen Character benehmen. Wenn man endlich manchmal nur mit gerechter Mißachtung, die Einrede, es habe ein Börsenspiel stattgehabt, einer Differenzenforderung entgegensetzen sieht, so fällt diese Mißachtung doch jedesmal auf den Börsenmakler zurück, und trifft ihn in noch höherem Grad, weil er zum Vermittler wirklicher, ernstlicher Geschäfte bestellt ist, welche mit den guten Sitten und mit den Gesetzen in Uebereinstimmung stehen, und folglich die Grundsätze seiner Bestimmung und seine ersten Amtspflichten verletzt, wenn er sich dazu hergibt, Geschäfte zu unterstützen, die durch alle Verordnungen über sein Gewerbe verboten und von dem Gesetz verworfen sind, statt seine Auftraggeber vor unseligen Leidenschaften zu warnen und zu bewahren. (Urtheil des Appellhofs von Paris vom 11. März 1851. Sirey 1851. II. S. 145.)

67) Art. 1965 des C. c.

Das Verbot des Art. 1965 bezieht sich auch auf die Klage des Auftraggebers gegen seinen Bevollmächtigten, wenn z. B. der Börsenspieler von dem Börsenmakler, den er als Vermittler gebraucht, die Zahlung der Differenzen verlangt, welche dieser für ihn erhoben.

Gründe. Börsenspiele können nicht als Grundlage gerichtlicher Klagen gelten. Es ist daher vergeblich, wenn man sich darauf berufen will, daß der Mandatar des Spielers nur als Depositar der Summen betrachtet werden könne, welche er für seinen Vollmachtgeber eingenommen; vielmehr genügt die Gewißheit, daß diese Zahlungen in Folge von Börsenspielen geschehen, welche der Mandatar für einen Mandanten vermittelt hat, um jedes Klagrecht zu vernichten. Durch Einräumung eines solchen Klagrechts würde man den Börsenspieler sogar für berechtigt erklären, von seinem Mandatar Rechnungstellung über das für ihn besorgte Börsenspiel zu verlangen, was den unzweifelhaftesten gesetzlichen Bestimmungen widerspräche, weil die Klage aus dem Spiel selbst untersagt, und deßhalb auch eine Klage zum Vollzug des Auftrags zum Spiel nicht zuläßig sein kann. (Urtheil des Appellhofs von Paris vom 28. März 1851. Sirey 1851. I. S. 154.)

68) Art. 1038 und 1003 des C. c.

Der Art. 1038 findet nur Anwendung auf das Vermächtniß bestimmter Sachen (Erbstückvermächtnisse), nicht auf Erbvermächtnisse.

Gründe. Der Art. 1003 des C. c. steht in keiner Beziehung zu gegenwärtigen oder bestimmten Vermögenstücken, sondern umfaßt lediglich alle Güter, welche der Erblasser nach seinem Tod zurücklassen wird. Hieraus folgt, daß der Erblasser, welcher nach Errichtung eines Erbvermächtnisses sein ganzes Vermögen oder einen Theil desselben verkauft, damit nicht eine bereits vermachte Sache veräußert. (Urtheil des Appellhofs von Montpellier vom 7. Novbr. 1850. Sirey II. S. 165.)

69) Art. 1079. 1304 und 1338 des C. c.

1) Die wegen Pflichttheilsverletzung auf Berichtigung einer elterlichen Theilung gerichtete Klage kann erst nach dem Tode des Elterntheils erhoben werden, von welchem die Theilung herrührt.
2) Hieraus folgt, daß die zehnjährige Verjährung gegen diese Klage erst von dem Tag dieses Todes an zu laufen beginnt und nicht von dem Tag der Theilung.
3) Hat der Elterntheil, welcher die Theilung vornahm, mit derselben in einem und demselben Act auf gleiche Weise über das Vermögen des vor ihm verstorbenen andern Elterntheils verfügt, so läuft die Verjährung gegen alle Arten von Anfechtungs-

klagen, selbst gegen die Klage, welche die Theilung des zuerst verstorbenen Elterntheils betrifft, nur von dem nämlichen Zeitpunkt an.

4) Die Handlungen, durch welche solche Theilungen freiwillig erfüllt worden, enthalten, selbst wenn sie erst nach dem Tode des theilenden Ahnen erfolgt sind, keinen Verzicht auf die Anfechtungsklagen gegen die Theilung, wenn nicht bewiesen ist, daß diejenigen, welche sie vorgenommen haben, die Fehler gekannt und die Absicht gehabt haben, die Fehler zu heilen.

Gründe des Tribunals von Cahors.

Zu 1 und 2. Die vielen gleichlautenden Entscheidungen des Cassationshofs. (1. Codes annotés de Sirey par P. Gilbert. Art. 1079. No. 19—25.)

Zu 3. So lange der letzte Elterntheil lebte, konnte eine Anfechtungsklage nicht erhoben werden; weil seine Freigebigkeitshandlungen hinsichtlich seines eigenen Vermögens erst nach seinem Tode der Anfechtung von Seiten seiner Erben unterliegen. Da aber das Vermögen beider Elterntheile mit einander vermengt zur Theilung gekommen, so hätte einer Anfechtungsklage gegen die Theilung des Vermögens des andern Elterntheils, wenn sie vor dem Tode des zuletzt verstorbenen hätte erhoben werden sollen, zuerst die Trennung des Vermögens beider Eltern vorhergehen müssen. Eine solche Trennung zum Zweck der Anfechtungsklage ist aber deßhalb nicht ausführbar, weil die Theilung als ein Ganzes zu betrachten, und weil bei einer solchen Theilung das hinsichtlich des einen Vermögens verletzte Kind durch sein Loos bei der Theilung des andern Elterntheils leicht entschädigt werden konnte, und deßhalb die eine Theilung nicht für sich allein angefochten werden kann, ohne auch in die andere Theilung einzugreifen. Auch können gegen einen und denselben Act nicht zwei Verjährungen als zuläßig erscheinen.

Zu 4. Die Bestimmung des Art. 1338. Abs. 2 u. 3, nach welchem auch der Vollzug eines Actes, gegen welchen das Gesetz eine Klage auf Vernichtung oder Umstoßung zuläßt, nur dann als stillschweigende Genehmigung jenes Actes mit Verzicht auf die Vernichtungs- oder Umstoßungsklage betrachtet werden kann, wenn der vollziehende Theil Kenntniß des Fehlers gehabt und man aus dieser Kenntniß ableiten kann, daß der Vollzug in der Absicht geschehen, um den Fehler zu heben.

Diese Gründe wurden von dem Appellhof zu Agen adoptirt und denselben noch beigefügt:

Die Theilung wurde in Gegenwart des überlebenden und theilenden Vaters vorgenommen. Er führte dabei mit Zustimmung seiner Kinder den Vorsitz und das Wort; er stipulirte nach Maaßgabe der Antheile, welche er seinen Kindern zuschied, für sich selbst die bezüglichen Nutznießungsrechte. Aus allen diesen Umständen folgt aber, daß sowohl nach den Thatsachen als nach der gemeinschaftlichen Absicht der Parteien die anticipirte Theilung des Vermögens eines Ahnen vorgenommen worden, gegen welche keines der Kinder bei Lebzeiten dieses Ahnen eine Anfechtungsklage erheben konnte. (Urtheil des Appellhofs von Agen vom 28. Mai 1850. Sirey 1851. II. S. 177.)

70) Art. 894. 1780. 1221. 1156. 1104. 1964 und 1105 des C. c.

Ein Notariatsact, welcher in dem Styl eines Schenkungsacts redigirt ist, und welcher den darin erwähnten Geschenknehmer Lasten oder Dienste auflegt, die als vollständiger Ersatz (équivalent) für die Schenkung betrachtet werden können, ist keine Schenkung, sondern ein Vertrag auf Umsatz, weßhalb seine Gültigkeit nicht von der Erfüllung der besonderen Bedingungen einer Schenkung abhängt, namentlich nicht von der Bedingung des Art. 894 des C. c.

Die Verbindlichkeit, welche Jemand eingeht, mit einer Person zu leben, bei ihr zu wohnen und zu bleiben, und für die Person selbst wie für ihr Hauswesen alle mögliche Sorgfalt zu haben, so lange dieselbe lebt, hat nicht den Character einer Verdingung von Diensten im Sinne des im Art. 1780 des C. c. ausgesprochenen Verbots: vielmehr kann man seine Dienste für das ganze Leben dessen verdingen, dem man dieselben verspricht, ohne daß ein solches Verhältniß unter das Verbot des angeführten Artikels fällt.

Wer eine Verbindlichkeit eingeht, welche erst nach seinem Tod erfüllt werden soll, kann die Erfüllung derselben einem oder mehreren seiner Erben mit Ausnahme der übrigen auflegen: eine solche Willenserklärung ist nicht auf Testamente oder auf Theilungen der Ahnen beschränkt.

In einem Notariatsact vom 4. Okt. 1843 erklärte A. Macquet der A. Poulet eine Schenkung machen zu wollen, welche jedoch erst nach seinem Tode wirksam werden und nach der Wahl seiner beiden Erben, Marie

und Eduard Macquet, die er allein damit belastete, in verschiedenen Liegenschaften oder in der Summe von 6000 Fr. bestehen sollte. Die miterschienene Poulet nahm diese Schenkung an. Der erwähnte Act fährt dann fort, wie folgt:

„Gegenwärtige Schenkung ist aus reiner freigebiger Absicht gemacht, aber mit der Auflage für die Schenknehmerin, daß sie sich ausdrücklich verbindlich macht, mit dem Geschenkgeber zu leben, bei ihm zu wohnen, alle Arbeiten seines Hauswesens zu übernehmen und dasselbe zu überwachen und alle Sorgfalt für ihn zu haben, deren er in gesunden wie in kranken Tagen bedürfen wird, Alles von heute an, das ganze Leben des Schenkgebers hindurch bis zu seinem Tode."

Alle diese Bedingungen wurden auch von der Poulet bis zum Ableben des Macquet (12. Juli 1848) erfüllt; als dieselbe aber die Auslieferung der ihr geschenkten Liegenschaften oder 6000 Fr. von den Erben Marie und Eduard Macquet verlangte, griffen diese den Act vom 4. Oktober 1843 als nichtig und unwirksam an; weil es demselben an den wesentlichen Erfordernissen einer Schenkung fehle; weil er gegen das Verbot des Art. 1780 verstoße; weil nur ihnen und nicht allen Erben des A. Macquet die Auflage gemacht worden sei, was gesetzlich nur in einem Testament oder in einer Theilung von Ahnen hätte geschehen können.

Die Beklagten, Marie und Eduard, unterlagen jedoch in erster Instanz und ergriffen das Rechtsmittel der Appellation.

Rechtfertigung der Beschwerden. Das Gesetz kennt nur zwei Arten von freigebigen Verfügungen, die Schenkungen unter Lebenden und die Testamente; der Act vom 4. Oktober 1843 kann aber weder als Schenkung unter Lebenden noch als Testament betrachtet werden. Durch die Schenkung begibt sich der Schenkgeber der geschenkten Sache wirklich und unwiderruflich zu Gunsten des Beschenkten, der dieselbe annimmt, und in dieser thatsächlichen und unmittelbaren Entäußerung liegt der wesentliche Character der Schenkung unter Lebenden. Begibt sich der Schenkgeber der geschenkten Sache nicht unmittelbar, sondern unter der Bedingung, daß die Schenkung erst nach seinem Tode wirksam werden soll, so ist das keine Schenkung unter Lebenden, sondern eine donatio mortis causa, welche durch den Art. 893 ausgeschlossen worden ist. Der Act vom 4. Oktober 1843 stellt sich nun vollkommen als eine solche donatio mortis causa dar und kann auch nicht als Testament aufrecht erhalten werden, weil es ihm an den Formen eines solchen gebricht. Der Act kann auch nicht als belasteter Vertrag gelten, weil jedes Wort desselben die Absicht des A. Macquet eine Schenkung zu machen beweißt, und weil die der Poulet auferlegten Verbindlichkeiten nur als Lasten einer Schenkung angesehen werden, und auf keinen Fall dem Hauptgeschäft seinen wahren Character als Schenkung benehmen können.

Wollte man den Act vom 4. Oktober 1843 selbst als belasteten Vertrag betrachten, so würde dadurch ein Dienstverding auf unbestimmte Zeit begründet werden, gegen das Verbot des Art. 1780.

Schlimmsten Falls sei die den Beklagten auferlegte Verbindlichkeit eine Last der Verlassenschaft, welche von allen Erben getragen werden müsse.

Der Appellhof von Douai bestätigte aber das Urtheil erster Instanz aus folgenden Gründen:

Bei Rechtsurkunden und Verträgen darf man weniger auf die Namen sehen, welche denselben beigelegt wurden, vielmehr muß der Charakter derselben nach der Natur der Dinge, welche ihren Gegenstand bilden und nach den Stipulationen, welche sie enthalten, bestimmt werden. Nach Art. 1156 des C. c. gilt aber die gemeinschaftliche Absicht der Vertragspersonen mehr als der buchstäbliche Sinn der Worte, und nach Art. 1104 ist jeder Vertrag als ein Vertrag auf Umsatz anzusehen, in welchem jede der Vertragspersonen sich verbindlich macht, etwas zu geben oder zu thun, vorausgesetzt, daß sich diese gegenseitigen Verbindlichkeiten zu einander wie Leistung und Gegenleistung verhalten. Ein Glücksvertrag ist derjenige, dessen Wirkung auf Gewinn und Verlust entweder für alle Parteien oder für eine oder mehrere derselben von einer ungewissen Begebenheit abhängt. (Art. 1104 und 1964 des C. c.) Ein unentgeldlicher oder Freigebigkeitsvertrag endlich ist der, worin einer dem Andern einen unvergoltenen Vortheil zuwendet. (Art. 1105 des C. c.)

Unter dieser Art von Verträgen nimmt die Schenkung den ersten Rang ein; und wenn diese ihren Character als Freigebigkeitsvertrag auch dann nicht verliert, wenn der Schenkgeber dem Beschenkten gewisse Lasten auflegt, so müssen diese Lasten doch mäßige sein; sind dieselben dagegen bedeutend, und zwar so bedeutend, daß das, was der Beschenkte erhält, dadurch aufgewogen wird, so hört

der Vertrag auf, ein Freigebigkeitsvertrag zu sein, er behält von einer Schenkung nur den Namen, und stellt sich in Wahrheit als ein Vertrag auf Umsatz dar.

Wenn nun auch der Act vom 4. Oktober 1843 den Namen einer Schenkung erhalten hat, und im ganzen Verlauf seines Inhalts Ausdrücke gebraucht wurden, welche dieser Vertragsart entsprechen, so geht doch aus diesem Act selbst hervor, daß als Gegenwerth für die der Poulet weniger geschenkten als versprochenen Dinge die im Act erwähnten Verbindlichkeiten und Leistungen derselben bedungen worden sind. Diese Verbindlichkeiten und Leistungen waren aber um so bedeutender, als der Zustand körperlicher Schwäche, in welchem sich A. Macquet befand, eine ganz besondere und mühevolle Sorgfalt sowohl für seine Person, wie für sein Hauswesen in Anspruch nahm; eine Sorgfalt, welche eine vollkommene Aufopferung ihrer eigenen Person von Seiten der Poulet erforderte. Ein so zusammengesetzter Vertrag kann aber nicht als Freigebigkeitsvertrag betrachtet werden, nicht einmal als eine belastete Schenkung, weil nach Vergleichung der Lasten mit der geschenkten Sache nichts übrig bleibt, sondern er erscheint als ein wahrer belasteter Vertrag auf Umsatz. Wenn es dabei ungewiß war, wann der Tod des A. Macquet eintreten werde, ob früher oder später, so wurde der Vertrag dadurch zwar zum Glücksvertrag, jedoch ohne daß sein Character als Vertrag auf Umsatz auf irgend eine Weise verändert worden wäre. Auch das Verbot des Art. 1780 des C. c. kann keine Anwendung auf den Vertrag vom 4. Oktober 1843 finden, weil die Dauer desselben eine bestimmte, durch den Tod des A. Macquet begrenzte war.

Endlich ist zwar der allgemeine Grundsatz richtig, daß die Erben für die Verbindlichkeit des Erblassers nur nach Maaßgabe ihres Antheils an der Erbschaft einzustehen haben; allein dieser Grundsatz leidet eine Ausnahme selbst hinsichtlich theilbarer Sachen in den Fällen des Art. 1221 des C. c. Im Absatz 4 dieses Artikels findet sich aber gerade der vorliegende Fall ausgedrückt, und der Umstand, daß diese gesetzliche Bestimmung unter dem Titel „von Verträgen u. s. w.“ vorkommt, läßt keinen Zweifel darüber, daß eine Auflage an einzelne Erben, von welcher dieselbe handelt, durch jede Art von Verträgen ebensowohl wie Testamente oder durch Theilungen von Ahnen gemacht werden kann. (Urtheil des Appellhofs von Douai vom 2. Februar 1850. Sirey 1851. II. S. 182.)

(Fortsetzung folgt.)

II.

1) Diebstahl an Sachen, welche dem öffentlichen Gottesdienste gewidmet sind.

2) Gewaltsame Erbrechung eines Behältnisses. §. 385. Ziff. 1 und Ziff. 12 St.G.B.

Vgl. Annalen XVIII., S. 183. 190.

In der katholischen Pfarrkirche zu Löffingen befindet sich auf einem Nebenaltar ein mit einer Glasthüre versehener Kasten, und in demselben ein Marienbild, an welchem ein goldenes Kreuzchen hing.

In dem Kasten befanden sich noch drei silberne Medaillen. Diese Medaillen sowie das goldene Kreuzchen wurden eines Tags entwendet, indem an der Glasthüre die Fuge zwischen zwei mit Blei verbundenen Scheiben mit einem Messer weggelöst und die Mittelscheibe zerbrochen ward.

Das Hofgericht des Seekreises verurtheilte den dieses Diebstahls Angeschuldigten, nahm jedoch nur den Erschwerungsgrund des §. 385, Ziff. 2 des St.G.B. als vorhanden an und berücksichtigte das Aufbrechen des Glaskastens blos als Straferhöhungsgrund. Auf den Rekurs des Angeschuldigten und die Anschließung der Staatsbehörde*) wurde vom großh. Oberhofgericht das hofgerichtliche Urtheil dahin abgeändert, daß der Angeschuldigte eines unter den Erschwerungsgründen des §. 385, Ziff. 1 und Ziff. 12 verübten Diebstahls für schuldig zu erklären und in die vom Staatsanwalt beantragte Strafe zu verfällen sei. In den oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründen ist gesagt:

„Es muß, wie es vom großh. Staatsanwalt beantragt wird, der vom Angeschuldigten verübte Diebstahl als unter dem Erschwerungsgrund des §. 385, Ziff. 1 und Ziff. 12 begangen, bezeichnet und darnach die Strafe bemessen werden. Sowohl das Kreuzchen als die drei Medaillen befanden sich nämlich innerhalb des Glaskastens, in welchem das Marienbild zur öffentlichen Verehrung ausgestellt ist, sie waren daher, als zu dessen Ausschmückung bestimmt, Bestandtheile desselben geworden, deren Entwendung unter den nämlichen Gesichtspunkt mit dem Bilde selbst fällt. Ihre Entwendung aber wurde mittelst gewaltsamer Erbrechung der Thüre jenes Kastens bewerkstelligt.

Haager.

---

*) In der Rekursvernehmlassung hatte sich die Staatsbehörde auf Wallers Kirchenrecht §. 158 berufen. D. E.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von E. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXI. No. 7. Mannheim, 11. Februar 1854.

I.

Entscheidungen in Wechselsachen.

1) Dürfen Zinsen in Wechseln versprochen werden?

Diese Frage hat sowohl bei den Gerichten wie bei den Rechtsgelehrten eine sehr verschiedene Lösung erfahren, weßhalb die Mittheilung einiger darüber ergangenen Urtheile nicht ohne Interesse für die Praxis sein wird. Zum Verständniß der Streitfrage erlaube ich mir einige kurze Vorbemerkungen: Vor Einführung der allgemeinen Wechsel-Ordnung kamen Zinsversprechen in gezogenen Wechseln ebenso selten vor als jetzt, desto häufiger dagegen in eigenen Wechseln. Man hielt sie allgemein für gültig, und die Gerichte hatten nie den geringsten Anstand, darauf zu erkennen.

Der preußische Entwurf, welcher bekanntlich bei der Berathung der Leipziger Conferenz zu Grunde gelegt wurde, enthielt in §. 88 eine ausdrückliche Anerkennung der Gültigkeit und Wirksamkeit einer Zinsen-Stipulation in eigenen Wechseln. Bei der Berathung fand jedoch diese Bestimmung Widerspruch im Schoos der Conferenz, und man beschloß mit 13 gegen 6 Stimmen die Hinweglassung des 2. Absatzes des §. 88 über die Zulässigkeit des Zinsversprechens in eigenen Wechseln.

Daraus wird nun gefolgert, daß Zinsversprechen in Wechseln unzulässig seien, wie dieses z. B. von dem Stadtrichter Borchardt in Berlin in dem ersten Band des Archivs für Wechselrecht S. 198 geschieht. Dieser theilt in dem zweiten Band desselben Archivs S. 92 ein Urtheil des Stadtgerichts in Berlin mit, wonach die Klage aus einem eigenen Wechsel, der ein Zinsversprechen enthielt, auch rücksichtlich des Kapitals abgewiesen wurde, wiewohl die Zinsen nicht einmal in Anspruch genommen waren. Auf ergriffene Appellation reformirte das Kammergericht in Berlin und verurtheilte den Aussteller zur Zahlung des eingeklagten Wechselbetrags. Aus den Entscheidungsgründen geht hervor, daß das Kammergericht keinen Anstand genommen hätte, auch die Zinsen zuzuerkennen, wenn solche gefordert worden wären.

Dagegen hat das Obertribunal in Stuttgart unter dem 23. Juli 1850, nach einer Mittheilung in dem dritten Band des Archivs S. 190 entschieden, daß Wechsel, welche ein Zinsversprechen enthalten, keine Wechselkraft haben und ein wechselrechtliches Verfahren auf sie nicht gebaut werden kann. Notar Heß in Ulm, welcher in dem zweiten Band des Archivs S. 102—122 das Gesetz, mit welchem die allgemeine Wechsel-Ordnung in Württemberg eingeführt wurde, bespricht, äußert zu Art. 6 (S. 111) es könne wohl kaum einem Zweifel unterliegen, daß nach den Grundsätzen der allgemeinen deutschen Wechsel-Ordnung und nach den Beschlüssen der in Leipzig abgehaltenen Conferenz weder bei gezogenen noch bei eigenen Wechseln Zinsen bedungen werden können. Von dieser Ansicht sei auch das königl. Justiz-Ministerium nach dem Begleitungsvortrage zum Entwurf des Einführungsgesetzes ausgegangen, und so habe auch der Civilsenat des königl. Obertribunals erkannt u. s. w. Ausführlich wird diese Ansicht vertheidigt von dem kürzlich verstorbenen Obertribunalrath Gelpke in dessen Zeitschrift für Handelsrecht, 1. Heft, S. 127—138, ebenso lebhaft dagegen bekämpft von dem Advokaten und Notar Martens in Danzig in dem dritten Band des Archivs für Wechselrecht S. 61—77. Das Obertribunal in Berlin hat zweimal Gelegenheit gehabt, sich über diese Frage auszusprechen und ist beidemal weder der einen noch der andern Ansicht beigetreten, sondern hat nur den Zinsanspruch verworfen, den Wechsel aber sonst für gültig und wirksam erachtet. Die eine dieser Entscheidungen wird in dem

zweiten Band des Archivs, S. 427—29, die andere in dem dritten Band, S. 191. 92 mitgetheilt. Die letztere lasse ich hier folgen:

1) „Der Aussteller eines über 165 Thlr. nebst 5 pCt. Zinsen lautenden und auf 165 Thlr. acceptirten Wechsels nahm den Acceptanten auf Höhe der verschriebenen 165 Thlr. nebst 5 pCt. Zinsen seit dem Tage der Ausstellung in wechselmäßigen Anspruch. Der Verklagte wendete ein, daß dem Wechsel, weil derselbe ein Zinsversprechen enthalte, die Wechselkraft fehle.

Dieser Ansicht (welcher auch der Lübeck. Einf.-Ord. §. 4 und der Entscheidung des Obertribunals in Stuttgart zum Grunde liegt und in Gelpke's Zeitschrift für Handelsrecht, Heft 1, pag. 127 ausgeführt wird) trat das Stadtgericht bei und wies den Kläger ab.

Auf die Appellation hat das Kammergericht die Entscheidung reformirt und den Kläger nur mit der Forderung der vorbedungenen Zinsen abgewiesen, dagegen den Verklagten zur Zahlung des verschriebenen Kapitals nebst 6 pCt. Zögerungszinsen vom Verfalltage ab verurtheilt, weil in Ansehung des Kapitals ein gültiger Wechsel vorliege und nur die Zinsstipulation unkräftig sei.

Die eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde hat das Obertribunal zu Berlin unterm 23. November 1852 verworfen und ausgeführt:

Der Appellationsrichter nehme in Ansehung des Kapitals einen gültigen Wechsel an. Darin sei ihm beizutreten; die Zinsenstipulation lasse sich von der verschriebenen Wechselsumme allerdings dergestalt absondern, daß der ersteren die Wechselkraft als ermangelnd abgesprochen und diese Stipulation als ein nur allein wegfallender, unkräftiger Zusatz angesehen, dagegen der Wechsel in Ansehung des Kapitals für gültig erachtet werde. Die deutsche Wechsel-Ordnung enthalte keine ausdrückliche, dieser rechtlichen Annahme entgegenstehende Bestimmung.

Damit erledigen sich die auf die Art. 4, No. 2 u. 96, No. 2 u. 7 der Wechsel Ordnung gestützten Angriffe. Der Art. 23 handle von der Wirkung des Accepts. Diese habe der Richter richtig bestimmt, mithin den gedachten Artikel richtig angewendet.

Die Art. 50. 51 regeln die Regreßansprüche des Wechselinhabers gegen die Indossanten und den Wechselaussteller und des den Wechsel einlösenden Indossanten gegen seine Vormänner. Diese Ansprüche erstrecken sich auch auf 6 pCt. Zögerungszinsen vom Verfalltage an. Diese habe der Richter dem Kläger deßhalb mit Recht zuerkannt. Aus diesen Vorschriften könne die Streitfrage über die rechtliche Wirkung einer Zinsenstipulation nicht entschieden werden. Gegen diese Artikel sei deßhalb vom zweiten Richter auch nicht verstoßen worden.

Die Art. 50. 51 finden nach Art. 98, No. 6 der Wechsel-Ordnung auch auf den Regreß gegen die Indossanten eines eigenen Wechsels Anwendung und hiernach müsse auch die auf den Art. 98, No. 6 gestützte Beschwerde hinfällig erscheinen." —

2) Anders hat das Oberappellationsgericht in Rostock in folgendem Fall entschieden:

Der Kaufmann S. in R. hatte am 27. Juni 1851 einen 6 Monate nach Dato zahlbaren eigenen Wechsel auf 1000 Thlr. C. nebst 5 pCt. Zinsen pro anno ausgestellt und demnächst die bis zum 27. Dezember 1851 fälligen Zinsen bezahlt. Nachdem sodann der Wechsel bis zum 27. März 1822 prolongirt und der Zinsfuß auf 6 pCt. erhöht worden war, klagte der Wechselinhaber nach dem Verfalltage auf Bezahlung des Kapitals nebst gesetzlichen Zinsen seit dem 27. März 1852.

Das Obergericht zu Rostock versagte auf diese Klage die Einleitung des beantragten wechselmäßigen Verfahrens durch die Dekrete vom 13. und 16. April, indem es dem Wechsel wegen des in demselben enthaltenen Zinsversprechens die Wechselkraft absprach.

Das Oberappellationsgericht zu Rostock bestätigte diese Entscheidung unterm 10. Mai 1852 aus folgenden

Gründen:

„Zwar enthält die allgemeine deutsche Wechsel-Ordnung keine ausdrückliche Bestimmung in Betreff des Zinsversprechens; und aus den — jenem Gesetze zur Grundlage dienenden — Conferenzprotokollen (Leipzig, Verlag von C. L. Hirschfeld 1848) S. 160 und 161 ist direkt nur soviel zu entnehmen, daß in eigenen Wechseln Zinsen der verschriebenen Summe nicht mit wechselmäßiger Wirkung versprochen werden können. Da nun im vorliegenden Falle die erhobene Wechselklage nur auf Zahlung der Hauptsumme von 1000 Thlr. C. nebst den gesetzlichen Zinsen seit dem Verfalltage — also nicht mit auf die im Wechsel versprochenen — Zinsen gerichtet worden ist, so könnte es scheinen, als sei die Klage aus dem Grunde aufrecht zu erhalten, weil die Vorschrift des Art. 7 der Wechsel-Ordnung, wornach „aus einer Schrift, welcher Eines der wesentlichen Erfordernisse eines Wechsels (Art. 4) fehlt, keine wechselmäßige Verbindlichkeit entsteht", den Schluß rechtfertige, daß der Wechsel, insoweit

er allen Erfordernissen entspreche, doch immer in Kraft bleiben müsse, die ungehörige Zinsenstipulation mithin als ein ganz überflüssiger, auch vom Kläger nicht geltend gemachter Zusatz ganz unbeachtet zu lassen sei.

In Erwägung jedoch:

a) daß in gezogenen Wechseln, wenn sie überhaupt Wechsel bleiben sollen, nach zweifellos feststehender Regel keine Zinsen versprochen werden dürfen,

b) daß gerade die möglichste Gleichstellung der eigenen Wechsel mit den gezogenen zu den prinzipiellen Bestimmungen der allgemeinen deutschen Wechsel-Ordnung gehört, wodurch insbesondere jede Vermengung des eigenen Wechsels mit einer gewöhnlichen Schuldverschreibung, bei welcher es nur auf Verstärkung der Verbindlichkeit des Schuldners durch dessen Unterwerfung unter die Wechselstrenge abgesehen wäre, hat verhütet werden sollen,

Brauer, die allgemeine Wechsel-Ordnung S. 171 ff.

c) daß es mit der rechtlichen Auffassung des Wechsels als eines strengen Literalvertrages nicht wohl verträglich sein würde, wenn die Verpflichtung aus demselben nur theilweise eine wechselrechtliche wäre, theilweise aber nicht; verdient diejenige Auslegung der Wechsel-Ordnung den Vorzug, welche nicht nur die wechselmäßige Ungültigkeit eines Zinsversprechens, sondern auch die als Folge dieser Ungültigkeit eintretende Hinfälligkeit der Wechselkraft des Wechsels selbst als im Sinne und Zwecke jenes Gesetzes liegend ansieht."

Diese letzte Entscheidung, wiewohl übereinstimmend mit der des Obertribunals in Stuttgart, scheint mir gleichwohl weder mit dem Geist der deutschen Wechsel-Ordnung noch mit den allgemeinen Rechtsgrundsätzen vereinbar. Sie enthält eine so offenbare Ungerechtigkeit, daß es schwer halten dürfte, sie dem handeltreibenden Publikum auch nur begreiflich zu machen, geschweige denn, es damit auszusöhnen. Würde sie von den übrigen deutschen Gerichten adoptirt, so würde dadurch der Werth der allgemeinen deutschen Wechsel-Ordnung, welche bisher mit Recht allen ähnlichen legislativen Arbeiten vorgezogen wurde, bedeutend vermindert. Wir würden wieder in den Formalismus zurückfallen, welcher so glücklich von der Leipziger Conferenz vermieden wurde. Das französische Wechselrecht, sonst in jeder Beziehung ausgezeichnet, leidet hieran in zwei Richtungen, indem es erstens die Ziehung von einem Ort auf den andern, und zweitens die Angabe der Werthberichtigung erfordert. Daraus entstehen die meisten Prozesse, wie die Sammlungen der Rechtssprüche der französischen Gerichtshöfe nachweisen. Aber den Verfassern des code de commerce gereicht wenigstens das zur Entschuldigung, daß sie nur einer seit mehr als einem Jahrhundert (seit der Ordonnanz von 1673) feststehenden Praxis gefolgt sind, während die obige Entscheidung eine vielleicht noch längere Uebung ohne hinreichenden Grund umstößt und Unsicherheit und Verwirrung in den Wechselverkehr bringt; ich sage, ohne hinreichenden Grund, denn die von dem Rostocker Oberappellationsgericht angeführten Gründe wollen in der That nicht viel sagen. Unter a) wird behauptet, daß in gezogenen Wechseln Zinsen nicht bedungen werden dürfen — quod erat demonstrandum, darf man entgegenhalten. Die Wechsel-Ordnung enthält kein derartiges Verbot; vor Einführung derselben kam ein Zinsversprechen in gezogenen Wechseln höchst selten vor, aber man hat es zu keiner Zeit für ungültig gehalten. Der zweite Grund fällt mit dem ersten; wenn sich dabei auf Brauer berufen wird, so kann die Autorität eines Schriftstellers nicht den Mangel eines Gesetzes ersetzen. Uebrigens referirt Brauer nur über den Grund, welcher die Leipziger Conferenz bestimmte, den §. 88 des preußischen Entwurfs nicht anzunehmen; dieser Grund rechtfertigt allerdings den Schluß, daß die Conferenz der Ansicht war, es sollten Zinsen nicht in dem Wechsel bedungen werden können. Aber diese Ansicht hat in der Wechsel-Ordnung keinen Ausdruck gefunden, der Gesetzgeber hat diese Ansicht nirgends sanktionirt. Und man wird doch wohl nicht behaupten wollen, daß dergleichen Ansichten, Meinungen oder Abstimmungen, so lange ihnen die Sanktion des Gesetzgebers fehlt, irgend einen andern als wissenschaftlichen Werth haben. Die Leipziger Protokolle dienen zum Verständniß der Wechsel-Ordnung, zu ihrer Erläuterung und Auslegung, aber man wird daraus nie Bestimmungen schöpfen dürfen, welche weder direkt noch indirekt aus dem publicirten Gesetz gefolgert werden können; mit einem Wort, man darf dem Gesetz Nichts hinzufügen, was nicht schon in demselben liegt. Gelpke sucht freilich das Verbot des Zinsgedings aus §. 4, No. 2 der Wechsel-Ordnung zu folgern, weil „die zu zahlende Geldsumme" in dem Wechsel ausgedrückt sein soll, was nach seiner Meinung nicht der Fall ist, wenn Zinsen stipulirt sind. Hierauf hat aber schon Martens mit Recht erwiedert, daß da nach der

Wechsel-Ordnung die zu zahlende Geldsumme in Franken, Livre, Sterling und andern bei uns nicht cursirenden Münzen ausgedrückt werden darf, wodurch eine Berechnung zur Reducirung des Wechselbetrags auf die bei uns cursirenden Münzen nothwendig wird, die Zinsstipulation durch jene Bestimmung der Wechsel-Ordnung um so weniger ausgeschlossen werden kann, als die Berechnung der Zinsen, sobald der Zinsfuß in dem Wechsel angegeben ist, viel leichter, sicherer und übereinstimmender geschehen kann, als die Reducirung fremder Münzsorten, welche von den wechselnden Cursverhältnissen abhängig ist. Ein anderer Grund, den Gelpke anführt, daß Wechsel, in welchen Zinsen stipulirt sind, an der Börse nicht diskontirt werden können, widerspricht der Erfahrung, auch abgesehen davon, daß diese Behauptung, wenn sie auch richtig wäre, gar keinen juristischen Werth hätte.

Immerhin könnte man, selbst wenn man die Zinsenstipulation in Wechseln für unzulässig hält, nur den Zinsanspruch verwerfen, wie das Obertribunal in Berlin gethan hat, aber nicht die ganze Wechselforderung. Diese Abweisung will das Oberappellationsgericht in Rostock durch den ad c) angeführten Grund, der Wechsel sei ein strenger Literalvertrag, rechtfertigen. Ueber das Wesen des Wechsels besteht bekanntlich eine große Verschiedenheit der Ansichten: früher nahm man an, es liege ihm ein Kauf oder ein Tausch zu Grunde; in anderer Zeit hat Einert ihn für ein Papiergeld ausgegeben, eine Ansicht, welche mit großer Lebhaftigkeit von Brauer vertreten wird; Liebe hält ihn für einen Formalakt, und diese Ansicht machte sich besonders bei der Leipziger Conferenz geltend, wird auch wieder von Renaud in seinem Lehrbuch des deutschen Wechselrechts, Giesen 1854, §. 11 vertreten, wogegen Thöl den Wechsel als ein Summenversprechen charakterisirt. Wollen die Gerichte nun ihre Entscheidungen auf die so bestrittene Theorien gründen, so werden wir bald ein Chaos der widersprechendsten Entscheidungen erhalten, zumal die Ausdrücke Literalcontrakt, Formalakt nicht einmal einen feststehenden Begriff, sondern etwas Nebelhaftes bezeichnen, worunter sich Jeder denken mag, was ihm beliebt. Warum wäre z. B. ein Zinsversprechen nicht vereinbar mit dem Wechsel, diesen als Literalcontrakt gedacht? Warum wäre dieses jetzt nicht vereinbar mit dieser Theorie, während vor Einführung der Wechsel-Ordnung Niemand an der Zulässigkeit des Zinsversprechens in Wechseln zweifelte? Wenn eine Theorie zu ungerechten Resultaten führt, so scheint es doch gerathener, an der Richtigkeit der Theorie zu zweifeln, als aus purer Consequenz eine Ungerechtigkeit durch einen Richterspruch zu sanktioniren.

2) Muß ein eigener Wechsel vor der Einklagung dem Aussteller zur Zahlung präsentirt werden?

Ueber diese Frage sind folgende einander entgegenstehende Entscheidungen ergangen:

1) Die Kaufleute Fuchs u. Comp. in Hamburg klagten gegen Kürschner Schmidt in Kiel einen eigenen Wechsel über 200 Mark Courant bei dem Wechselgericht in Kiel ein. Der Beklagte erkannte die Richtigkeit des Wechsels an, wendete aber ein, derselbe sei ihm nicht zur Zahlung präsentirt worden, was die Kläger mit dem Bemerken zugaben, daß eine Präsentation zur Zahlung an den Aussteller bei dem eigenen Wechsel nirgends vorgeschrieben sei. Hierauf erkannte das Kieler Wechselgericht unter dem 6. November 1849:

In Erwägung, daß nach Art. 41 des Gesetzes, betr. die Einführung einer allgemeinen Wechsel-Ordnung für Deutschland, die Präsentation eines gezogenen Wechsels die Bedingung einer anzustellenden Regreßklage ist.

In fernerer Erwägung, daß nach Art. 98 des allegirten Gesetzes die in Art. 41 für gezogene Wechsel gegebenen Vorschriften auch auf eigene Wechsel Anwendung finden.

In endlicher Erwägung, daß über die Thatsache, daß der hier in Frage stehende Wechsel zur Zahlung nicht präsentirt worden, beide Partheien einverstanden sind, wird erkannt: „daß der Implorat von der gegen ihn „angestellten Wechselklage, wie solche angebracht worden, „zu entbinden, die Imploranten auch schuldig seien, die „sämmtlichen durch diesen Wechselprozeß veranlaßten Ko„sten dem Imploraten zu erstatten.“

Gegen dieses Erkenntniß wurde an das holstein'sche Obergericht in Glückstadt supplicirt, welches aber unter dem 8. Februar 1850:

In Erwägung, daß abgesehen von den Bestimmungen der §§. 40. 41 und 98 der allgemeinen Wechsel-Ordnung das Erforderniß der Präsentation zur Zahlung auch bei eigenen Wechseln insofern in der Natur der Sache liegt, als auch diese der Indossirung fähig sind, der Wechselschuldner mithin ohne die Präsentation nicht weiß,

oder rechtlich nicht zu wissen braucht, an wen er seine Schuld zu zahlen hat,

cf. Mittermaier, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts 6. Ausgabe, II. Band, S. 234.

In Erwägung, daß die sententia a qua die Supplikanten nicht gänzlich, sondern angebrachtermaßen abgewiesen hat, und nicht anders hat erkannt werden können, weil es für die Entscheidung der Sache lediglich auf die Frage ankam, ob zur Erhebung der Wechselklage die Bedingungen derselben zur Zeit ihrer Anstellung vorhanden waren, daß daher auf den von den Supplikanten geltend gemachten Umstand, daß der fragliche Wechsel dem Supplikaten im Verhandlungstermin präsentirt worden, keine Rücksicht zu nehmen ist, indem unbestritten die Präsentation zur Zahlung vor diesem Termin nicht stattgehabt hat,

„den Supplikanten einen abschlägigen Bescheid ertheilte, unter Verurtheilung derselben in die Kosten."

Archiv für Wechselrecht I. Band, S. 442—445.

Diese Entscheidung beruht, wie Gelpke in seiner Zeitschrift für Handelsrecht, 2. Heft, S. 158 u. ff. ausführt, auf einem Mißverständniß der hier einschlagenden Bestimmungen der allgemeinen Wechsel-Ordnung sowohl wie auch der allgemeinen Grundsätze des Wechselrechts. Die Präsentation des eigenen wie des gezogenen Wechsels zur Zahlung ist zur Wahrung des Regresses gegen die Indossanten nothwendig, um diesen gegenüber darzuthun, daß der Hauptschuldner nicht zahlt; denn sie sind nicht in erster Linie zur Zahlung des Wechsels verbunden, sondern erst dann, wenn der Hauptschuldner nicht zahlt. Dieser Umstand muß durch den Protest bewiesen werden. Was soll aber ein Protest dem Hauptschuldner gegenüber? Dieser will entweder zahlen, dann ist für ihn kein Grund vorhanden, der Klage entgegenzutreten, höchstens könnte er sich wegen der unnöthigen Kosten verwahren, oder er will nicht zahlen, dann nützt der Protest nichts, er muß doch verklagt werden.

Nach dieser Ansicht ist in folgendem Fall erkannt worden:

2) Der pensionirte Consul C. hatte in der Stadt A. dem Gastwirthe R. einen eigenen Wechsel ausgestellt und in demselben ausdrücklich die Zahlung am Ausstellungsorte versprochen. Nachdem die Zahlung der Wechselschuld am Verfalltage ausgeblieben war, belangte R. den C., welcher inzwischen die Stadt Neustrelitz zu seinem Aufenthaltsorte gewählt hatte, bei der dortigen Justiz-Kanzlei aus dem Wechsel. Diese versagte die Einleitung des Wechselverfahrens, weil der Wechsel nicht vor der Klaganstellung zur Zahlung präsentirt worden sei. Auf die vom Kläger hierwegen erhobene Querel reformirte das Oberappellationsgericht zu Rostock durch Dekret vom 23. Juli 1853 aus nachstehenden

Gründen:

Die Präsentation und Protesterhebung ist in der allgemeinen deutschen Wechsel-Ordnung nur zur Sicherung des Regresses gegen den Trassanten und die Indossanten vorgeschrieben, nicht aber auch zur Erhaltung des Wechselrechts gegen den Acceptanten eines gezogenen und den Aussteller eines eigenen Wechsels. Der Rechtsgrund dieser Unterscheidung liegt unverkennbar darin, daß die beiden letztern — der Acceptant sowohl als der Aussteller eines eigenen Wechsels — nach Maßgabe ihres Versprechens und nach der mit dem Wechselgeschäfte verbundenen Voraussetzung zunächst zahlen sollen, mithin in diesem Sinne als Principal-Verpflichtete aufzufassen sind. Dagegen besteht die Verpflichtung des Trassanten und der Indossanten in der Garantie der Einlösung des Wechsels für den Fall, daß der Bezogene, respective der Aussteller eines eigenen Wechsels, die Zahlung nicht leiste; sie ist also insofern eine eventuelle. Hieraus erklärt es sich zur Genüge, daß zur Begründung des wechselmäßigen Anspruchs aus dieser eventuellen Verpflichtung dem Wechselinhaber der Nachweis obliegt, daß er die Zahlung rechtzeitig unter Präsentation des Wechsels von dem Principal-Verpflichteten gefordert, aber nicht erlangt habe; wogegen die erwähnte principale Verpflichtung als an sich unbedingt und bis zum Ablaufe der Wechselverjährung fortdauernd von der Beobachtung besonderer Förmlichkeiten Seitens des Wechselinhabers zur Verfallzeit nicht abhängig sein soll.

Vergl. W. Gelpke, Zeitschrift für Handelsrecht u. s. w. 2. Heft, S. 158—167.

Hinsichtlich des Acceptanten enthält der Art. 44 der Wechsel-Ordnung eine hiermit übereinstimmende ausdrückliche Vorschrift, und daß in Betreff des Ausstellers eines eigenen Wechsels dasselbe gelten müsse, folgt nicht allein (wie gezeigt worden) aus der Natur der Sache, sondern auch daraus, daß nach Art. 98, No. 6 bei eigenen Wechseln das Erforderniß der Präsentation zur Zahlung und des deßfallsigen Protests auf den Regreß gegen die In-

dossanten beschränkt ist. Die etwaige Ungewißheit, worin sich der Zahlungspflichtige über den rechtmäßigen Wechselinhaber zur Verfallzeit befinden kann, kommt hier schon deshalb nicht in Betracht, weil in dieser Beziehung das Gesetz sowohl dem Acceptanten (Art. 40), als auch dem Aussteller eines eigenen Wechsels (Art. 98, No. 9) nur die Befugniß zur Deposition des fälligen Wechselbetrages zugesteht.

Selbst dann aber, wenn in vorliegendem Falle der eingeklagte eigene Wechsel als ein domicilirter zu betrachten wäre, obgleich der — allerdings besonders hervorgehobene — Zahlungsort mit dem Orte der Ausstellung des Wechsels (jedoch nicht mit dem jetzigen Wohnorte des Beklagten) zusammentrifft, würde doch der wechselmäßige Anspruch gegen den Aussteller durch unterbliebene Präsentation am Zahlungstage nicht verloren gegangen sein, weil nach der Wechsel-Ordnung Art. 99 a. E. solcher Verlust nur in dem Fall eintreten soll, wenn die rechtzeitige Protesterhebung bei dem etwaigen — vom Aussteller verschiedenen Domiciliaten verabsäumt wird, ein solcher aber in dem libellirten Wechsel nicht benannt ist. Zwar schreibt derselbe Art. 99 im ersten Satze vor, daß eigene domicilirte Wechsel, wenn ein Domiciliat nicht benannt ist, dem Aussteller selbst an dem Orte, wohin der Wechsel domicilirt ist, zur Zahlung zu präsentiren sind. Aber der bereits erwähnte Schlußsatz zeigt deutlich, daß, wenn der Aussteller selbst am dritten Ort zu zahlen hat, die Klage des Inhabers nicht von jener Solennität abhängen soll.

Vergl. Brauer, Erläuterung der allgemeinen deutschen Wechsel-Ordnung, Anmerkung zu §. 99.

Das Erforderniß zur Präsentation an den Aussteller hat demnach hier nur die rechtliche Bedeutung der einfachen Mahnung, deren Unterbleiben lediglich auf die Entscheidung über die Prozeßkosten von Einfluß sein kann, die Statthaftigkeit der Klage selbst aber unberührt läßt. Ohnehin ist in der vorliegenden Klage ausdrücklich angeführt worden, daß Beklagter so wenig zur Verfallzeit, als auf Anmahnung Zahlung geleistet habe.

Archiv 3. Band, S. 412—414.

3) Das Obertribunal in Berlin hat zweimal Gelegenheit gehabt, sich über diese Frage auszusprechen und hat in beiden Fällen die hier vertretene Ansicht adoptirt. Der eine Fall ist mitgetheilt in dem Archiv für Rechtsfälle aus der Praxis der Rechtsanwälte des K. Obertribunals zu Berlin Band I. S. 388; der andere in dem Archiv für Wechselrecht 3. Band, S. 198. Ich lasse diesen hier folgen:

Der Aussteller eines trockenen Wechsels, welcher von dem Remittenten auf Höhe des verschriebenen Betrags wechselmäßig in Anspruch genommen wurde, wendete ein, daß er wegen der am Verfalltag nicht erfolgten Präsentation des Wechsels zur Zahlung nicht wechselmäßig verpflichtet sei. Das Obertribunal zu Berlin hat gleich dem Appellationsgerichte diesen Einwand verworfen, in Erwägung, daß, „da die der Entscheidung zum Grunde liegende Annahme des zweiten Richters, es habe zur Geltendmachung des wechselmäßigen Anspruchs gegen den Verklagten, als den Aussteller des hier eingeklagten eigenen Wechsels, der Präsentation desselben an den Verklagten am Verfalltage nicht bedurft, den Vorschriften der Wechsel-Ordnung vollkommen gemäß sei, indem der von dem ersten Richter hier angewendete, vom zweiten Richter dagegen in Beziehung auf die obige Präsentationsfrage für nicht anwendbar erachtete Art. 39 der Wechselordnung in der Bestimmung: „daß Wechselschuldner nur gegen Aushändigung des quittirten Wechsels zu zahlen verpflichtet sei," keinen Grundsatz in Ansehung der Nothwendigkeit der obigen Präsentation enthalte, hierauf der Vorwurf des Verklagten, daß der Richter den gedachten Artikel verletzt habe, hinfällig erscheine; da ferner die als verletzt bezeichneten Artikel 36. 40. 41 und 98, No. 5 nicht verletzt worden seien, indem der Art. 36 lediglich von der Legitimation des Inhabers eines indossirten Wechsels gegen den zahlenden Wechselschuldner handle, dieser Punkt aber nicht streitig sei, ebensowenig der Art. 40 der dem Acceptanten eines gezogenen Wechsels die Befugniß beilegt, die zur Verfallzeit nicht geforderte Wechselzahlung zu deponiren, sowie der Art. 98, No. 5 der in gleicher Weise dem Aussteller eines eigenen Wechsels dieses Recht gibt, auf die streitige Präsentationsfrage sich beziehen lassen, der Art. 41 aber in Ansehung der gezogenen Wechsel, auf den der Art. 98, No. 6 in Betreff der eigenen Wechsel ebenfalls verweiset, lediglich zur Ausübung des bei nicht erlangter Zahlung statthaften Regresses gegen die Wechselgeber, nämlich den Aussteller des gezogenen Wechsels und die Indossanten eines solchen und eines eigenen Wechsels, die Präsentation des Wechsels zur Zahlung und die rechtzeitige Erhebung eines Protestes zum Nachweise der Nichterlangung der Zahlung vorschreiben, auf welche Vorschrift so wenig der Acceptant eines nicht domicilirten gezogenen als der Aus-

steller eines nicht domicilirten eigenen Wechsels sich berufen können, da deren wechselmäßige Verbindlichkeit eine unbedingte, von jener Präsentation und Protesterhebung nicht abhängige sei."

Dr. Ladenburg.

II.

Für die dem Lehensmanne zu den Lehensgebäuden obliegenden Baulasten hat derselbe dem Lehensherrn kein Ablösungskapital zu bezahlen.

Bei Ablösung von Erb- und Schupflehen, woran das Obereigenthum Stiftungen zustand, ist in neuerer Zeit vorgekommen, daß dem ablösenden Lehensmann für die ihm kraft Gesetzes und kraft Vertrags obliegenden Bau- und Unterhaltungslasten zu den Lehengebäuden, welche durch die Ablösung in dessen unzertheiltes Eigenthum übergegangen sind, auch Ablösungskapitalien aufgerechnet und zur Bezahlung angesetzt wurden.

Dagegen wurde von der Oberaufsichtsbehörde die Ansicht geltend gemacht, daß man unterscheiden müsse zwischen den Baulasten, welche dem Lehensmann kraft Gesetzes und zwischen solchen, welche demselben kraft des Lehenvertrages obliegen, indem er nur für die Baulasten der letztern Art dem Lehensherrn ein Ablösungskapital zu erlegen habe, weil er diese Lasten zum Nutzen des Lehensherrn und zu Gebäulichkeiten desselben trage, dieselben also als ein Surrogat des Lehenzinses zu betrachten und wie der letztere abzulösen seien.

Allein beiderlei Ansichten sind unrichtig, denn namentlich nicht die Unterscheidung zwischen g e s e t z l i c h e n und v e r t r a g s m ä ß i g e n Baulasten ist bei Ablösungen überhaupt maßgebend — wie wir dies auch bei der Zehntbaulastenablösung sehen — sondern die Thatsache: o b d i e B a u l a s t v o m A b l ö s e n d e n a u f e i n e a n d e r e P e r s o n ü b e r g e h t, u n d d e r s e l b e v o n j e n e r b e f r e i t w i r d o d e r n i c h t. Nur im erstern Falle ist der ablösende Lehensmann schuldig, ein Ablösungskapital dafür zu erlegen.

Die Baulast zu den Lehensgebäuden hatte ursprünglich der Lehensherr als alleiniger Eigenthümer derselben; hätte er sie auch während des Lehensverbandes auf sich behalten, so hätte er vom Lehensmann einen um so größern Lehenszins sich bedungen; er hätte aber dadurch in der That keinen höhern Reinertrag dieses Zinses erhalten, denn er hätte dann auch einen der Größe der Baulast entsprechenden Betrag dieses Zinses auf die Gebäude verwenden müssen, und zwar zunächst zum Nutzen des Lehensmannes, weil diesem ja die Benützung der Gebäude zukam. Hieraus folgt, daß die Tragung der Baulast nicht — wie irrthümlich angenommen wurde — zum Nutzen des Lehensherrn, sondern zum Nutzen des Lehensmannes geschieht.

Hat nun aber der Lehensherr dem Lehensmanne die Baulast auferlegt, so wurde um den Werth dieser Last der Lehenzins gemindert: es trat eine Wettschlagung ein.

Durch die Ablösung wird nun der Lehensmann voller Eigenthümer der Lehengebäude. Die Baulast dazu geht aber nicht etwa auf den Lehensherrn über, sondern bleibt auch künftig auf dem Lehensmanne beruhen; es wechselt nicht die Person des Baupflichtigen, sondern nur der Rechtsgrund zur Baupflicht, denn während sie ihm zur Zeit des Lehenverbandes kraft Vertrags und theilweise auch kraft Gesetzes oblag, hat er sie nach der Ablösung kraft Gesetzes als Eigenthümer.

Der Lehensmann wird demnach von dieser Baulast nicht befreit; er kann also auch nicht gehalten sein, dem Lehensherrn ein Ablösungskapital für eine Last zu zahlen, welche ihm dieser nicht abnimmt.

Eigentlich müßte der Lehensmann das Ablösungskapital an sich selbst entrichten, weil er die Baulast zu tragen, aber zu den Gebäuden auch anzusprechen hat; es treffen also Schuldner und Gläubiger in einer Person zusammen, und es tritt deßhalb nach L.R.S. 1300 eine Rechtsvermischung ein. Es bleibt also nichts übrig, wofür ein Ablösungskapital angesetzt werden könnte.

Würde man dem Lehensmanne noch die Abtragung eines solchen Ablösungskapitals auferlegen, so würde man, wenn z. B. das Lehengebäude im nächsten Jahre wieder neu zu erbauen wäre, ihm zumuthen, ein volles Ablösungs-, d. h. ein Neubaukapital an den Lehensherrn zu entrichten, zugleich aber auch noch dieselbe Summe alsdann auf den Neubau zu verwenden, wodurch ihm offenbar mit Unrecht eine doppelte Last auferlegt würde.

Der Lehensherr hat mehr nicht anzusprechen als ein Capital, dessen Rente ihm ungefähr die bisherige Einnahme sichert. Da er nun aber allerdings auch rechtlich die Hoffnung hat, daß ihm die Lehensgebäulichkeiten dereinst in wohl erhaltenem Stand heimfallen können, so

erhält er dafür die Entschädigung in dem Ablösungskapital für die Heimfallshoffnung.

Anders verhält sich die Sache bei den dem Lehensmanne etwa obliegenden Baulasten zu den Gebäuden des Lehensherrn, z. B. zu dessen Schloß, welche nicht durch die Ablösung in das Eigenthum des ablösenden Lehensmannes übergehen. Diese Baulast hat die Natur eines Lehenzinses, weil diese der Lehensmann in der That zum Vortheil des Lehensherrn trägt; die Baulast zu den Lehensgebäuden trägt er aber — wie oben schon erwähnt — nicht zum Vortheil des Lehensherrn, sondern zu seinem eigenen, weil er sonst die Genügung der Baupflicht vom Lehensherrn ansprechen könnte. Diese letztere hat also nicht die Natur eines von ihm zu leistenden Lehenzinses, braucht folglich von ihm auch nicht abgelöst zu werden, so wenig als die ihm obliegende Pflicht zur Düngung, also zur Unterhaltung der Lehensäcker und Wiesen.

Nur wenn der Lehensmann durch die Ablösung von der Baupflicht zu den im Eigenthum des Lehensherrn oder eines Dritten verbleibenden Gebäulichkeiten befreit wird, dieselbe also auf den Lehensherrn oder einen Dritten übergeht, nur dann hat er allerdings ein Ablösungskapital zu entrichten.

Nur von Baulasten der letztern Art kann offenbar der §. 3 lit. d. und der §. 4 des Ablösungsgesetzes vom 21. April 1849, Reg.-Bl. No. 25 handeln, nicht aber von der Baulast zu den Lehensgebäuden selbst.

In diesem Sinne wendet auch die katholische und evangelische Kirchen-, sowie die Staatsdomänen-Administration diese Bestimmungen des Ablösungsgesetzes an, und, wie oben ausgeführt, hat sich jüngst auch das großh. Ministerium des Innern ausgesprochen. Es ist zwar im vorigen Jahre eine Entscheidung im gegentheiligen Sinne von einem Gerichtshofe ergangen, allein gewiß nicht richtig; diese Entscheidung beruht auf dem irrigen Satze, daß die Erfüllung der Baupflicht zunächst zum Nutzen des Lehensherrn geschehe. Stellte man diesen Satz oben an, so mußte man natürlich zu einer andern Schlußfolgerung kommen; allein die Prämisse war falsch. Schließlich wird noch bemerkt, daß die Rechtslage dieselbe ist, ob es sich um ein Erb- oder Schupflehen handelt.

X.

III.

Wer erkennt die den Pfandschreibern im L.R.S. 2202 gedrohte Geldstrafe?

J. S. der Waisenfondsverwaltung Mannheim gegen die früheren Mitglieder des Pfandgerichts zu Rauenberg, Michael Link und Genossen, Rückgriff und Ersatzforderung betr., wurde das Erkenntniß des Stadt- und Landamts Wertheim, insoweit es die Beklagten als ehemalige Pfandgerichtsmitglieder wegen pflichtwidriger Beurkundungen in ihren Amtsverrichtungen in eine Geldstrafe von 200 fl. verfällte, durch hofgerichtliches Urtheil v. 21. Januar d. J. als unzuständig erlassen, aufgehoben. Die Gründe lauten:

Die in L.R.S. 2202 angedrohte Geldstrafe kann nicht von dem Civilrichter auf den Grund eines Civilprozesses, sondern muß von den Verwaltungsbeamten auf den Grund einer Disciplinaruntersuchung erkannt werden.

Hiefür spricht das Organisationsedikt vom Jahre 1809 Beil. C. Lit. g., welches die Aufsicht über die Amtsführung der Ortsvorsteher und Gerichtspersonen in allen ihren Theilen als einen administrativen Geschäftszweig der Aemter erklärt und die Betrachtung, daß der Civilprozeß seiner Natur nach nicht immer die materielle Wahrheit, auf welche ein Straferkenntniß zu bauen ist, höchst selten aber den bei den weiten gesetzlichen Strafgrenzen nothwendig zu ermittelnden Grad der Verschuldung der einzelnen Pfandgerichtsmitglieder herzustellen geeignet ist, noch weniger aber, da er nur seinen Gegenstand, d. h. die einzelne Verletzung der Parthei behandelt, sich mit der nach L.R.S. 2202 zu lösenden Frage, ob eine erste oder wiederholte Uebertretung vorliegt, befassen kann, daß endlich, wenn man den Civilrichter zur Erkennung der Geldstrafe für zuständig erachten wollte, dies folgerichtig auch bezüglich der im nämlichen L.R.S. gedrohten Amtsentsetzung geschehen müßte, die Zuweisung dieser Befugniß an den Civilrichter aber mit der bestehenden Organisation unserer Behörden durchaus unverträglich wäre.

v. H.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXI. No. 8. Mannheim, 18. Februar 1854.

I.

Kurz gefaßte Entscheidungen aus dem Gebiet des Civil- und Civilprozeßrechts.

I. Kirchenbauedikt §. 6 und §. 14.

Ein Gebäude, welches ursprünglich unzweifelhaft für die eigenen kirchlichen Zwecke eines Klosters errichtet und von diesem bis zur Säkularisation erhalten wurde, ist selbst dann nicht als ein alt vorhandenes Kirchengebäude im Sinne der §§. 6 und 14 des Bauedikts zu betrachten, wenn dasselbe später bei Errichtung einer Pfarrei als Pfarrkirche gewidmet wird, sofern nicht nachgewiesen werden kann, daß das Gebäude der Kirchengemeinde als Eigenthum übergeben und von dieser angenommen worden ist. (Oberhofgerichtliches Urtheil vom 13. Juli 1853, I. S. Fiskus gegen Kirchspielsgemeinde St. Peter.)

II. Prozeßordnung §. 1209, Abs. 4 und §. 4 des Gesetzes über die privatrechtlichen Folgen der Verbrechen.

Wenn in Folge eines geleisteten urtheilsmäßigen Schiedseids das Purificationserkenntniß zu Gunsten des schwörenden Theils erlassen ist, so genügt ein Urtheil des Schwurgerichtshofs, welches den Schwörenden des Meineids für schuldig erklärt, zur Begründung der Wiederherstellungsklage des unterlegenen Theils; der Wahrspruch der Geschworenen mag auf dem Geständniß des Angeklagten oder auf Zeugenaussagen — auch wenn der Streitgegenstand im Civilprozeß 75 fl. überstiegen hatte — oder auf was sonst für Beweismitteln beruhen, selbst dann, wenn die Anklage wegen Meineids in Folge der Beschuldigung der Gegenpartei erhoben wurde, arg. P.-O. §. 1209, Abs. 4, Gesetz über die privatrechtlichen Folgen der Verbrechen §. 18. (Oberhofgerichtliches Urtheil J. S. Birner gegen Birner vom 21. September 1853.)

III. L.R.S. 778. 790. 462.

Auch ein Erbe, welcher rechtsgültig auf die Erbschaft verzichtet hat, kann sich später noch mit den Rechtsfolgen des L.R.S. 778 in die Erbschaft einmischen, vorausgesetzt, daß ihm das Erbe nach L.R.S. 790 in Verbindung mit L.R.S. 462 noch offen war. (Oberhofgerichtliches Urtheil vom 24. Januar 1854, J. S. Kleiner gegen Ellensohn.)

IV. L.R.S. 1831 bc. 544 c. 577 ac. und 609. 613 und Art. 9 des Gesetzes über Ablösung der Waiderechte vom 31. Juli 1848.

Wenn die Last, das Faselvieh zu halten, auf einem Erbbestandsgute ruht, so ist einer Klage auf Festsetzung des Ablösungscapitals gegenüber, der Erbbeständer und nicht der Obereigenthümer passiv legitimirt.

Gründe. Nach L.R.S. 1831 bc. haben die Erbbeständer die Rechte und Verbindlichkeiten eines nutzbaren Eigenthümers; es steht ihnen also das Eigenthum aller Gebrauchs- und Genußrechte zur Seite, während der Obereigenthümer nur die Rechtserwartung des einstigen Heimfalls sammt dem Rechte zu allen Verfügungen über die Sache, welche ihre Erhaltung im Stande einer unveränderten Genießbarkeit bezwecken, hat. L.R.S. 544 c.

Diese Rechte und Pflichten des Nutzeigenthümers gegenüber dem Obereigenthümer sind näher in dem L.R.S. 577 ac. und ff. bezeichnet, und es enthält der L.R.S. 577 al. und 577 am. insbesondere eine Erweiterung der Befugnisse und Verpflichtungen des Nutznießers, wie solche in dem L.R.S. 609 und 613 bestimmt sind.

Während nämlich dem Nutznießer in S. 609 nicht die Lasten auferlegt werden, welche während der Nutznie-

ßung auf das Eigenthum fallen, und während er nur die Kosten und Folgen solcher Prozesse trägt, welche den Genuß betreffen, muß der Nutzeigenthümer auch die auf dem Eigenthume ruhenden Lasten übernehmen und ebenso die Kosten solcher Streitigkeiten, welche sich auf das Eigenthum beziehen.

Der Nutzeigenthümer ist es also, welcher hiernach und zufolge des in L.R.S. 544 c. aufgestellten Grundsatzes activ wie passiv die Sache vertritt, und welcher die auf das Eigenthum fallenden Lasten und somit auch die in Folge der Ablösung derselben an deren Stelle tretende Ablösungssumme zu übernehmen hat.

Diese Verbindlichkeit des Nutzeigenthümers, welche hiernach schon im Allgemeinen aus der Bestimmung des L.R.S. 577 al. abgeleitet werden muß, ist auch im Gesetze über die Ablösung der Fasselviehlast anerkannt, indem es den „belasteten", d. i. den zeitlichen Eigenthümer zur Zahlung des Ablösungscapitals verpflichtet. Bestimmter aber ist sie noch in dem Gesetze über Ablösung einer ähnlichen Gerechtigkeit, nämlich des Waiderechts, ausgesprochen, Reg.-Bl. de 1848, No. 55, welches in Art. 9 festsetzt, daß die Anforderung der Ablösung bei zertheiltem Eigenthume, insbesondere bei Erblehen an den Erbbeständer zu geschehen und dieser das auf das Gut kommende Ablösungscapital zu leisten, beim dereinstigen Heimfalle des Lehens aber den Ersatz desselben zu gewärtigen habe. Art. 32. (Oberhofgerichtliches Urtheil vom 29. September 1853, I. S. Gemeinde Bretten gegen den katholischen Hospitalfond daselbst, Ablösung einer Fasselviehlast betr.)

V. L.R.S. 6 g. 1235. 1166. 1167.

Wenn ein Erbe seine Einwilligung dazu ertheilt, daß ihm die Kosten seiner Studien bei der Erbtheilung aufgerechnet werden, so findet hiergegen weder von seiner Seite, noch Seitens seiner Gläubiger, welche seine Rechte ausüben, eine Anfechtung statt.

Gründe. Eine solche Erklärung ist eine vollkommen bindende und wirksame, denn, wenn auch kraft Gesetzes die Verbindlichkeit zur Einwerfung nicht bestanden hätte, so bleibt doch soviel gewiß, daß derjenige Sohn, welcher bei Theilung des väterlichen Nachlasses eingewilligt hat, daß ein außerordentlicher, in keinem Verhältnisse mit den Kosten für Erziehung seiner Geschwister stehender, für ihn gemachter Aufwand, als eine ihm zur Last fallende Schuld in der Erbmasse behandelt werde, jedenfalls eine natürliche Verbindlichkeit erfüllt, indem er es ablehnt, zum Nachtheil seiner Geschwister durch die aus dem Vermögen der Eltern gewonnene und ihn zu späterer besserer Versorgung führende Ausbildung sich zu bereichern.

Eine Einwerfung steht einer Zahlung in die Erbmasse gleich, und da, insoferne diese fingirte Zahlung dessen, was aus der natürlichen Verbindlichkeit floß, in natura stattgefunden hätte, nach L R S. 6 g. und 1235 eine Rückforderung oder Anfechtung der Zahlung nicht zulässig gewesen wäre, so kann auch ein ausgesprochener Verzicht auf die Einwurfsfreiheit nicht dazu benutzt werden, nachdem die Aufhebung der Gemeinschaft der Erben nach einem solchen stattgehabt hat, eine angeblich aus dem Verzicht entstandene Verkürzung an der Erbportion geltend zu machen. (Oberhofgerichtliches Urtheil vom 20. September 1853, I. S. Fiskus gegen Reinhard.)

VI. L.R.S. 524. 2118. 2114 a.

Das Unterpfandsrecht haftet auf den beweglichen Zugehörden einer Liegenschaft, auch wenn dieselben bei der Unterpfandsbestellung nicht speciell mitverpfändet wurden und ohne Unterschied ob dieselben z. B. zum Geschäftsbetrieb unentbehrlich nothwendig und ob dieselben zur Zeit der Verpfändung schon vorhanden waren.

Gründe. Wenn ein im Betrieb befindliches Gewerbshaus, z. B. ein Brauhaus zum Unterpfand gegeben wird, so muß, so lange nicht das Gegentheil ausdrücklich bedungen ist, angenommen werden, daß die Contrahenten dasselbe in dieser seiner Eigenschaft, welche ohne das zum Betrieb erforderliche Zubehör nicht gedacht werden kann, als Unterpfand geben und nehmen wollten. Alsdann bedurfte es auch nicht einer speciellen Mitverpfändung der Einrichtung (Sirey XVII. I. 359), eben weil sie vermöge einer Rechtsfiction als ein Bestandtheil der verpfändeten Liegenschaft betrachtet wird. (Accessorium sequitur principale.)

Troplong, des priv. et hyp. ad art. 2118, No. 399.

Der gegen die Nothwendigkeit der gegenwärtig (vergleichsweise doppelt) vorhandenen Einrichtung eingelegte Widerspruch beruht auf der unrichtigen Unterstellung, als müsse das Erforderniß an Geräthen zum Gebrauche eines Gewerbgebäudes nach einem gewissen Normalmaß in der Art bemessen werden, daß immer nur soviel als „erforderlich", im Sinne des L.R.S. 524 bem-

nach als unbeweglich zu betrachten sei, als unumgänglich nothwendig ist, um das betreffende Gewerbe überhaupt, wenn auch in dem kleinsten Umfange betreiben zu können. Unrichtig ist aber diese Unterstellung, weil das Gesetz unbedingt und ohne alle Beschränkung von dem Gebrauche der Gewerbgebäude, also von jedem noch so ausgedehnten Gebrauche derselben und kein haltbarer Grund für eine gegentheilige Absicht desselben spricht.

Eine andere schon in verschiedenem Sinne beantwortete Frage

Vergl. Zachariä, 1c. Note 10.

ist die: ob auch die nach der Verpfändung eines Gewerbgebäudes in dasselbe verbrachten und durch die Gebrauchsbestimmung sonst als unbeweglich zu erachtenden Geräthschaften als Zugehörde und Verbesserung der verpfändeten Liegenschaft im Sinne der L.R.S. 2118. 2133 zu betrachten sei?

Allein zwischen den Folgen einer erst nach und einer schon vor der Verpfändung geschehenen Widmung läßt sich ein Unterschied aus dem Gesetze nicht begründen; auch ist kein Grund einzusehen, warum die gemeinen Gläubiger bei dieser Art der Veräußerung eines Vermögensstückes mit dem nur allgemeinen Rechte, das ihnen der L.R.S. 2093 verleiht, dem Unterpfandsgläubiger nicht sollten zurückstehen müssen, während doch unzweifelhaft selbst der Verkäufer eines Fahrnißstücks sein Vorzugsrecht gegenüber dem Käufer seines Käufers nicht geltend machen kann. Arg. L.R.S. 2102, No. 4. (Oberhofgerichtliches Urtheil vom 15. September 1853, I. S. Nägele gegen Görger.)

(Fortsetzung folgt.)

Soiron.

II.

Kurzgefaßte Entscheidungen des mittelrheinischen Hofgerichts.

L.R.S. 2198.

Schon die Mittheilung eines Grundbuchauszugs durch das Pfandgericht an das Amtsrevisorat zum Behufe der Ausfertigung des Kaufbriefs hat, wenn in diesem Auszuge Pfandlasten verschwiegen waren, die Befreiung des Grundstückes von diesen verschwiegenen Pfandlasten zu Folge.

Beweiserkenntniß J. S. Maier gegen März und Stürmlinger.

Annalen XX. No. 7. V., No. 11. IV.

L.R.S. 682.

Die bekannte Streitfrage, ob ein Nothweg mittelst einer Einrede auf die Negatorienklage gefordert werden könne, wurde J. S. Moritz gegen Zimmermann wiederholt verneint.

L.R.S. 1641. 1644 zweites Const.-Edikt. L.R.S. 1583 a. 1626 a. 2127 a. 2197.

Ein Gemeinderath, welcher in dem Kaufbriefe die Gewähr ertheilt, daß das verkaufte Haus Bierwirthschaftsgerechtigkeit habe, hat im Falle der Vermögenslosigkeit des Verkäufers dem Käufer dafür zu haften, daß auf dem Hause ein solches Recht als Realrecht ruhe, und wenn sich das Gegentheil zeigt, unter sammtverbindlicher Haftbarkeit der einzelnen Gemeinderathsmitglieder den Minderwerth zu vergüten, welchen das Haus durch den Mangel des benannten Rechtes erleidet.

J. S. Scherzinger gegen Götz.

L.R.S. 1652. Ziff. 2.

Wenn bei dem Verkauf einer nutzbringenden Sache ein dem Kaufe erst nachfolgender Termin für die Zahlung des Kaufpreises bestimmt, die Unverzinslichkeit des Kaufpreises aber nicht ausdrücklich bedungen wird, so hat der Käufer den Kaufpreis zu verzinsen.

J. S. Lutz gegen Glück. *)

L.R.S. 1952.

1) Auch für das eingebrachte Gepäck solcher Reisenden, welche nicht in dem Wirthshause logiren, sondern nur auf kürzere Zeit, um blos Erfrischungen einzunehmen, sich darin aufhalten, sind die Wirthe verantwortlich.

J. S. Wolf gegen Schneider.

---

*) Gleicher Ansicht sind: Zachariä II. §. 356. Note 5. Malleville ad art. 1652. Duranton t. XVI. No. 337. 340. Duvergier t. I. No. 420. Troplong t. II. No. 590: „car la loi ne distingue pas!" Der entgegengesetzten Ansicht ist jedoch Pothier de la vente No. 28. Boileux zu 1652 Z. 2. denn: „On présume, que le vendeur a fixé son prix à un taux plus élevée afin de s'indemniser de la jouissance gratuite laissé à l'acquéreur. O.

2) Schon das offene Einbringen von Gepäck in das Gasthaus in Gegenwart des Wirthes verpflichtet denselben dafür zu haften. Es bedarf nicht einer besonderen Uebergabe desselben an den Wirth.

J. S. Fazler gegen Seyfried.

Die L.R.S. 883. 1476 finden auch dann Anwendung, wenn die Verlassenschaft des Erblassers inventirt, und die Quote, wozu jeder der Erben (oder der überlebende Ehegatte als Theilhaber der Gütergemeinschaft) berechtigt ist, berechnet wurde, die Erben aber in faktischer Gemeinschaft der Verlassenschaft blieben. Der abgetheilte Erbe, welcher aus dieser Gemeinschaft etwas erhält, wird so angesehen, als ob eine Berechnung der Erbquoten (ideellen Theilung) nicht Statt gehabt hätte.

J. S. Oswald gegen Errleben.

J. S. Kappler gegen Errleben.

Die in L.R.S. 1410 aufgeführten Fälle sind die einzigen, in welchen die Gemeinschaft für Fahrnißschulden der Frau vor der Ehe zu haften hat, „da das Gesetz diese Haftbarkeit nicht blos an den Umstand knüpft, daß solche ihre Entstehung erweislich vor der Ehe hatten, sondern ausdrücklich verlangt, daß sie aus einer vor der Ehe verfaßten öffentlichen Urkunde entstanden sind, oder unzweifelhaft Tag und Jahr einer früheren Zeit durch die Eintragung in öffentliche Akten, oder durch den Tod einer, oder mehrerer Personen, die diese Urkunde unterzeichneten, erhielten, wornach diese Erfordernisse nicht durch andere Beweismittel und daher auch nicht durch das Geständniß des Ehemannes hinsichtlich der früheren Entstehung der Schuld ersetzt werden können."

J. S. Aab gegen Kaz.

D.

III.

Losssprechungsformeln

in dem heutigen Strafverfahren.

Nach dem Gesetze vom 5. Februar 1851 soll überall, wo die That durch kein Strafgesetz bedroht oder der Beweis zur Verurtheilung unzureichend ist, das Verfahren durch den Ausspruch eingestellt werden, daß kein Grund zur weitern gerichtlichen Verfolgung vorhanden sei. §. 35. 79. 106.

In allen andern Fällen, wo keine Strafe erkannt werden kann, hat Freisprechung einzutreten. §. 105. 106.

Dahin werden namentlich die Fälle der §§. 71. 72. 75—77. 81. 82. 84—86. 91. 93. 94. 108. 117. 122. (Abs. 2) 123. 128. (Abs. 2) 131. 141. 145. 190. 323. 333. 334 und 491 des St.G.B. zu zählen sein.

Ebenso erfolgt Freisprechung, wenn der Wahrspruch der Geschworenen dahin geht, daß der Angeklagte des Verbrechens nicht schuldig sei. §. 101.

Diese Eigenheit hat nach dem Trefurt'schen Commissionsbericht zum §. 64 des Entwurfs ihren Grund in der Betrachtung, daß da, wo mittelst der öffentlichen Schlußverhandlung das Strafverfahren bis zu seinem äußersten Ende geführt wurde, von einer Sistirung desselben nicht mehr die Rede sein könne, während da, wo das Hofgericht in geheimer Sitzung entscheidet, solches nicht in gleichem Maße der Fall sei.

Nun ist aber die Frage entstanden, welche Formel zur Anwendung komme, wenn der Recursrichter (bei amtlichen Urtheilen das Hofgericht und bei hofgerichtlichen das Oberhofgericht) den Beweis gegen einen in erster Instanz verurtheilten Angeschuldigten unzulänglich findet?

Hierüber herrschen beim höchsten Gerichtshof zweierlei Meinungen. Die eine will das Verfahren eingestellt, die andere dagegen den Rekurrenten freigesprochen wissen. Jene ist von der oberhofgerichtlichen Majorität angenommen. Sie beruft sich zu ihrer Begründung auf den Trefurt'schen Commissionsbericht und stellt den Grundsatz auf, daß der Oberrichter so erkennen müsse, wie nach seiner Ansicht in erster Instanz zu erkennen gewesen wäre. Wenn also der vorige Richter, statt den Angeschuldigten zu verurtheilen, wegen Unzulänglichkeit des Beweises hätte aussprechen sollen, daß kein Grund zur weitern gerichtlichen Verfolgung vorhanden sei, so muß dies in zweiter Instanz geschehen. Der Unterschied zwischen Freisprechung und Einstellung des Verfahrens ist aber wichtig in Hinsicht der späteren Wiederaufnahme der Untersuchung, welche das Gesetz (§. 118 und 122) im ersten Falle mehr beschränkt als im zweiten.

Dagegen stützt sich die Meinung der oberhofgerichtlichen Minorität auf folgende Sätze:

Den Gegensatz der Verurtheilung bildet die Freisprechung. Wo nun das Gericht erster Instanz (Amt oder Hofgericht) den Angeschuldigten verurtheilt hat, da muß

der Refursrichter, wenn er die Beweise unzureichend findet, auf Freisprechung erkennen, weil eine amtliche oder hofgerichtliche Verurtheilung doch gewiß nicht weniger bedeutet, als eine Verweisung vor das Schwurgericht. Wer aber einmal vor das Schwurgericht verwiesen ist, der kann nur entweder freigesprochen oder verurtheilt werden. Es wäre auch kaum erklärlich, warum der Gesetzgeber im Falle der Unzulänglichkeit des Beweises die Freisprechung, wodurch die Wiederaufnahme des Verfahrens sehr beengt wird, bei schwereren Verbrechen gestatten, bei geringeren hingegen ausschließen sollte, um durch die bloße Einstellung des Verfahrens die spätere Reassumtion desselben zu erleichtern. Da in der Rekursinstanz neue Beweise angetreten und Ergänzungen von Amtswegen angeordnet werden können, so wird das Verfahren ebenfalls bis zum äußersten Ende geführt, um eine Strafsache in spruchreifen Stand zu setzen. Der für die Form der Freisprechung in schwurgerichtlichen Fällen geltende Grund schlägt daher auch hier an, und zwar um so mehr als der Staatsanwalt über den Rekurs des Angeschuldigten gehört wird. Wenn also der Rekursrichter einen Verurtheilten nicht schuldig findet, so muß er ihn freisprechen, besonders dann, wenn es dem Rekurrenten gelungen ist, seine völlige Schuldlosigkeit, z. B. durch das Alibi nachzuweisen. Es ist hiebei noch weiter in Betracht zu ziehen, daß der Angeschuldigte gegen die blose Einstellung des Verfahrens kein Rechtsmittel hat. Wenn dagegen der Staatsanwalt das Rechtsmittel der Beschwerdeführung ergreifen kann, um eine Verurtheilung des Angeschuldigten herbeizuführen, so muß dem letzteren auch das Recht zustehen, die endliche Freisprechung vom Rekursrichter allemal zu begehren, wenn die Beweise, auf welche in erster Instanz seine Schuldigerklärung gebaut wurde, als unzureichend erscheinen.

D. R.

IV.

Können einem Anwalt auch die für seinen Clienten verwendeten Stempel von den Gerichten kraft ihres Dekreturrechts gestrichen werden?

Leiningen-Neudenau gegen Noe.

In obiger Sache reichte ich beim Untergericht für den Beklagten mehrere Eingaben ein, in Ansehung welcher nicht nur die Anwaltsgebühren, sondern auch 6 fl. 45 kr. für verwendetes Stempelpapier als überflüssig gestrichen wurden.

Gegen diesen letztern Strich erhob ich Beschwerde bei großh. Hofgericht, die ich darauf gründete, daß mich der Gesetzgeber schon durch den L.R.S. 1999 gegen einen solchen Strich schütze, indem hiernach der Gewaltgeber dem Gewalthaber seine Auslagen vergüten müsse und deren Zahlung nicht unter dem Vorwand verweigern könne, die Auslagen hätten geringer sein können, insofern diese Auslagen nicht durch ein Versehen des Gewalthabers selbst entstanden sind, was hier nicht der Fall ist. Denn man wird wohl die Eingaben, welche das Materielle der Sache betreffen und die ein Anwalt in gutem Glauben, er erfülle eine Pflicht, fertigt, die aber später das richterliche Ermessen für überflüssig erklärt, nicht unter die Versehen des L.R.S. 1382. 1383 subsumiren wollen. Unter den letztern versteht das Gesetz nur solche Handlungen oder Unterlassungen des Anwalts, welche in einer Nachlässigkeit oder einer auftragswidrigen Thätigkeit bestehen, wie z. B. die Versäumung von Nothfristen, unrichtige Zugeständnisse oder thatsächliche Anführungen, welche einen Widerruf begründen u. s. w. In diesen Fällen kann allerdings das Gericht den Anwalt zur Schadloshaltung im Allgemeinen verurtheilen, und es wird dann erst im freien Willen des Clienten liegen, die Größe seines Schadens zu liquidiren oder nicht.

Meine Beschwerde wurde vom Gerichtshof ohne Anführung eines Grundes verworfen.

Da ich nun gegen meinen Clienten kein weiteres Klagrecht auf Ersatz meiner Gebühren und Auslagen hatte, als für den vom Gericht dekretirten Betrag und da der Ankauf und die Verwendung des Stempelpapiers nichts anderes ist, als die Entrichtung einer Steuer oder Hoheitsabgabe, da ferner der Strich obiger 6 fl. 45 kr. vom Gericht damit motivirt war, die Eingaben und die Verwendung dieses Stempels seien nicht nothwendig gewesen, so klagte ich gegen den großh. Fiskus auf Rückersatz obigen Betrages, indem ich hervorhob, daß die Anwälte, wenn ihnen bei Ausübung ihres Berufes die in gutem Glauben verwendeten Stempel als überflüssig gestrichen würden und deßhalb deren Ersatz von dem Clienten nicht verlangen könnten, ihren Geldbeutel offen halten müßten, um die großh. Justizgefällkasse ohne einen

andern Grund zu bereichern, als daß sie zum Voraus nicht wissen können, welche ihrer Eingaben die Gerichte für nothwendig oder für überflüssig erklären werden, und insofern die letztere Erklärung erfolge, liege schon hierin ein Grund zum Rückersatz, da der Client auf den Grund der Dekretur hierzu nicht angehalten werden könne.

Die Klage wurde als in Rechten nicht begründet abgewiesen, die Ladung versagt und diese Entscheidung dadurch motivirt, daß mein Verlust als durch Zufall entstanden zu betrachten sei.

Auf eingelegte Appellation wurde dieses Urtheil unter Adoptirung obigen Grundes von großh. Hofgericht bestätigt.

Da nach §. 1207 P.O. die Gerichte selbst bei offenbar grundlosen Appellationen nur befugt sind, die Gebühren des Anwalts zu streichen, keineswegs aber seine Auslagen, die er auf die Sache seines Mandanten gemacht hat, so kann ich in der von mir bezahlten Stempelgebühr nur eine Steuer erblicken, welche der Staat ohne eine rechtmäßige Ursache von mir erhoben hat, wenn mir nicht die Möglichkeit verschafft wird, sie von meinem Clienten ersetzt zu verlangen.

Latterner, Rechtsanwalt.

V.

Summe der Beschwerdeführung nach §. 1199. Ziff. 6 der Pr.O.

Das Rechtsmittel der Beschwerdeführung gegen die Bestimmung der Größe der von dem einen Theil dem andern zu ersetzenden Kosten ist nur zulässig, sofern ein Kostenbetrag von wenigstens 15, beziehungsweise 30 fl. in Frage ist.

Es ist nicht zulässig, daß der Kostenliquidant diese Summe durch Kosten ergänze, welche durch Einsprachen gegen die Verfügung, wodurch einzelne Kostenansätze als nicht zum Ersatz geeignet, ausgeschieden worden sind, veranlaßt und dafür in Ansatz gebracht werden. Denn sonst könnte die Beschränkung in §. 1199. Ziff. 6 der Pr.O. beliebig umgangen werden; auch ist ja nur die Verfügung die beschwerende, durch welche die Kosten, welche sich nicht zum Ersatz eignen, ausgeschieden worden sind, nicht aber die nachher zur Aufrechthaltung derselben erlassenen, die Einsprache gegen jene verwerfenden Verfügungen.

Dagegen kann die Beschwerdesumme durch nachträgliche, auf die erhobene Einsprache des Kostenliquidanten erlassene Verfügungen des Richters gemindert werden. Wenn er nämlich einzelne weitere Posten in Folge der Einsprache nachträglich noch als zum Ersatz geeignet anerkennt, so geht deren Betrag an dem durch die frühere Verfügung als nicht zum Ersatz geeignet bezeichneten ab, und wenn nun dieser hierdurch unter 15, beziehungsweise 30 fl. herabsinkt, so verliert dadurch die zur Forderung des Kostenersatzes berechtigte Partei das Recht der Beschwerdeführung gegen die frühere Verfügung, durch welche ausgesprochen ist, daß einzelne Kosten sich nicht zum Ersatz durch die zur Tragung der Kosten im Allgemeinen verurtheilte Gegenpartie eignen.

Diese Partei dagegen kann sich durch die Bestimmung der Größe der von ihr zu ersetzenden Kosten nur insofern beschwert erachten, als sie der Ueberzeugung ist, unter dem ihr zum Ersatz zugewiesenen Kostenbetrag befinden sich solche Posten, die sich nicht zum Ersatz eignen.

Damit sie gegen jene Bestimmung Beschwerde führen könne, muß der nach ihrer Ueberzeugung nicht zum Ersatz geeignete aber dennoch zugewiesene Betrag auch wenigstens 15, beziehungsweise 30 fl. erreichen.

Beträgt er weniger und sie will ihn durch Einsprache beseitigen, der Richter berücksichtigt aber diese nicht, so kann sie die oben bezeichnete Summe nicht durch Hinzurechnung der Kosten der erfolglos gebliebenen Einsprache oder Einsprachen ergänzen.

War jedoch die Beschwerdesumme vorhanden, der Richter läßt sich aber durch die Einsprache überzeugen, daß einige der zum Ersatz zugewiesenen Posten sich zum Ersatz nicht eignen und scheidet nun diese nachträglich aus, so kann die Partei, welche den Kostenersatz zu leisten hat, dann von dem Rechtsmittel der Beschwerdeführung nicht mehr Gebrauch machen, wenn durch diese nachträgliche Ausscheidung einzelner Posten die beanstandete Summe unter 15, beziehungsweise 30 fl. herabsinkt.

Jedoch kann der Richter das Recht der einen oder andern Partei zur Beschwerdeführung nicht dadurch beeinträchtigen, daß er auf Einkommen der Beschwerde gegen seine Bestimmung der Größe der zum Ersatz für geeignet, beziehungsweise für nicht geeignet erklärten Kosten nachträglich noch einige Posten als nicht zum Ersatz geeignet ausscheidet oder als zum Ersatz geeignet gelten läßt.

Stf.

VI.

Die nicht abgesonderte Ehefrau, welche von ihrem Mann nach Maßgabe des L.R.S. 1595, No. 2 eine Liegenschaft käuflich erworben hat, ist nicht befugt, den Vorrang ihres gesetzlichen Unterpfandsrechts gegen die Gläubiger des Mannes, welche Pfandeinträge auf diese Liegenschaft erwirkt haben, in der Weise geltend zu machen, daß sie nach Einleitung des Entledigungsverfahrens (L.R.S. 2181 ff.) den Kaufpreis an sich selbst zahlt und dann gemäß L.R.S. 2186 die Ausstreichung der Pfandeinträge begehrt.

Der von mir Annalen XX. No. 21 mitgetheilte Fall gab Veranlassung zu einem weiteren Rechtsstreite, über dessen thatsächliches Verhältniß ich, im Uebrigen auf jenen Aufsatz verweisend, hier nur das Nothwendigste vorausschicken will. Nachdem die Ehefrau Hilb mit der Klage auf Pfandstrich unterlegen war, (Annalen XX., S. 161. 162) erhob sie gegen Dionisius Baur eine neue Klage. Darin trug sie wieder vor, daß sie zum Ersatz ihres nicht in die Gemeinschaft gefallenen Beibringens von ihrem Mann ein Wohnhaus um 500 fl. gekauft habe, daß zu Gunsten des Dionisius Baur zwei, auch dies Haus ergreifende, Pfandbucheinträge bestehen, und daß ihr gesetzliches Unterpfandsrecht als weit älter den Vorrang vor den Pfandrechten des Baur habe.

Unter Bezugnahme auf das eingeleitete Entledigungsverfahren und die frühere hofgerichtliche Entscheidung (Annalen XX., S. 161. 163) wird sodann gebeten zu erkennen:

„es stehe der Klägerin für ihr eheliches Beibringen „im Betrage von 1147 fl. 50 kr. ein gesetzliches „Unterpfandsrecht vom 20. April 1824 (Tag des „Eheabschlusses) zu, mit welchem sie berechtigt sei, „der Forderung des Beklagten von 724 fl. 35 kr. „sammt Zins seit 24. September 1844 vorzugehen, „so daß sie vor dem Beklagten berechtigt sei, sich „aus dem Erlös des von ihr unterm 26. Juni „1848 für die Summe von 500 fl. erkauften Hau„ses zuerst bezahlt zu machen.“

Der Unterrichter wies jedoch durch Urtheil vom 10. September 1853 diese Klage ab und das großh. Hofgericht des Seekreises bestätigte unterm 24. Januar l. J. dies Urtheil aus folgenden

Gründen.

Selbst nach der milderen Ansicht, welcher das großh. Oberhofgericht huldigt, steht einer in ungetrennter Ehe lebenden Ehefrau nur dann vor erwirkter Vermögensabsonderung das Recht zu, ihre eheweiblichen Vermögensansprüche auf das Vermögen des Mannes geltend zu machen, und Befriedigung daraus zu begehren, wenn dritte Gläubiger den Zugriff auf dasselbe nehmen. Oberhofg. Jahrb. n. F. Jahrg. 13. S. 123. Annalen Jahrg. XX. S. 276. Als solche Fälle werden bezeichnet die ehemännliche Gant und die Zwangsversteigerung der Liegenschaften des Mannes. Etwas derartiges liegt aber hier nicht vor, sondern es waltet vielmehr das umgekehrte Verhältniß ob, indem nicht der Beklagte als Pfandgläubiger auf das ihm verhaftete Vermögen greift, und so die klagende Ehefrau gefährdet, sondern vielmehr diese die Pfandrechte des Beklagten beseitigen will, deßhalb müssen die allgemeinen Regeln zur Anwendung gebracht werden. Danach kann die Klägerin ihre Ansprüche nur wahren (L.R.S. 1531. Zachariä Bd. III. S. 210, fünfter Grundsatz) was sich darauf beschränkt, daß sie jene Schritte zu thun berechtigt ist, welche ihr die Beibringlichkeit ihrer Forderungen nach Auflösung der Ehe oder nach erwirkter Absonderung sicheren. Dieselbe begehrt aber die wirkliche Befriedigung, was ihr nicht zusteht. Auch das besondere Verhältniß der Klägerin kann ihr dies Recht nicht verschaffen. Sie ist, abgesehen von der Gültigkeit des Kaufvertrags (Annalen Jahrg. XIX. S. 375. Oberhofg. Jahrb. a. a. O. S. 157), zwar Eigenthümerin des Hauses, um dessen Kaufpreis es sich handelt, und als solche befugt, dasselbe nach Maßgabe von L.R.S. 2181 ff. von den darauf haftenden Unterpfandslasten zu befreien, allein dadurch hat ihre eheweibliche Ersatzforderung gegenüber dem Beklagten keine andere Natur bekommen. Dieselbe erscheint noch immer wegen ihrer allgemeinen Beschaffenheit und im Hinblicke auf die Bestimmung in §. 4 Abs. A. Gl. f. des Ehevertrags*) als eine bedingte Forderung, deren Größe und Bestand erst nach Auflösung der Ehe oder nach der Absonderung gewiß wird. Daraus folgt,

*) Dort ist gesagt, daß, wenn die Klägerin im dritten oder den weiter folgenden Jahren der Ehe kinderlos aus solcher vor ihrem Ehemann stirbt, der letztere ihre ganze Verlassenschaft erben soll.
D. Eins.

daß sie nicht jetzt schon deren Befriedigung ansprechen darf. P.O. §. 865 ff. L.R.S. 2186. 2195 Abs. 3. *)

Damit fällt auch der erste Theil des Klaggesuchs hinweg, weil die Klägerin den Vorrang ihres gesetzlichen Unterpfandsrechts nur wegen der angesprochenen Befriedigung geltend macht, und somit bei der Verwerflichkeit dieses Begehrens jetzt kein Grund mehr vorhanden ist, über Jenes zu entscheiden, übrigens auch das Pfandrecht die Natur der Hauptforderung theilt.

Aus diesen Gründen ꝛc.

Dr. Puchelt.

VII.

Der Richter ist befugt, sein ohne vorhergehende Vernehmung der Gegenparthei erlassenes Erkenntniß über die Kostenersatzpflicht (P.O. §. 169. 175) auf Einsprache des Gegentheils abzuändern.

Das großh. Bezirksamt Ueberlingen hatte auf einseitigen Antrag des Beklagten die Anwaltskosten für nothwendig erklärt, dagegen remonstrirte der Kläger, worauf es unter Aufhebung seines früheren Erkenntnisses aussprach, daß jene Kosten sich nicht zum Ersatze durch Kläger eigneten. Hierwegen führte der Beklagte das Rechtsmittel der Beschwerdeführung an das großh. Hofgericht des Seekreises aus, welches aber die Beschwerde verwarf:

In Betracht, daß die Verfügung vom 14. November v. J. von dem Unterrichter ohne vorhergehende Vernehmung des Klägers nach Maßgabe des §. 175 P.O. erlassen worden, mithin auch nach der Rechtsähnlichkeit von §. 672 P.O. auf Einsprache des Klägers ohne weitere Verhandlung wieder aufgehoben werden konnte, und zwar um so mehr, als jene Verfügung in Form eines unbedingten Befehls ergangen ist.

In Erwägung, daß hieran nach Ansicht von P.O. §. 1121. 368. 353. 1128, No. 2 auch der Umstand nichts ändert, daß es nach P.O. §. 1199, No. 6 dem Kläger gestattet war, sich sofort der Beschwerdeführung gegen die Verfügung vom 14. November v. J. zu bedienen; Zentner, Rechtsmittel II. Aufl., S. 35.

(Erkenntniß vom 4. Januar l. J., J. S. Dreher gegen Stengele.)

Dr. Puchelt.

*) Vergl. hiermit die Erörterung derselben Fragen Annal. XX. S. 163—165.

D. Eins.

VIII.

Kostenersatz.

Zu §. 169 der Pr.O.

Die obsiegende Parthei, welche die Gebühren des von ihr unnöthig beigezogenen Anwalts nicht ersetzt erhält, kann dennoch verlangen, daß ihr diejenigen Kostenbeträge ersetzt werden, welche sie aufgewendet oder anzusprechen hätte, wenn sie sich selbst vertreten haben würde. Z. B. Gang-Abschrifts-Zustellungsgebühren. Sie kann ein Verzeichniß derselben aufstellen und zur Dekretur einreichen. Statt eines solchen wird zuweilen das Deserviterium des Anwalts mit dem Antrag vorgelegt, von den in solchem enthaltenen Ansätzen wenigstens soviel der (unterlegenen) zum Kostenersatz verurtheilten Parthei zuzuscheiden, als in dem Falle angesetzt und angesprochen werden dürfte, wenn die Parthei des Anwalts sich selbst vertreten hätte.

Allein der Richter ist nicht verpflichtet, statt der von dem Gegentheil nicht zu ersetzenden Anwaltsgebühren diejenigen selbst anzusetzen und zur Zahlung anzuweisen, welche die Parthei des Anwalts ohne dessen Zuzug gehabt haben würde und anzusetzen befugt wäre und ist. Es kommt vielmehr der Parthie zu, die Kosten, deren Ersatz sie verlangt, anzusetzen, dem Richter dagegen das zur Dekretur vorgelegte Verzeichniß zu dekretiren.

Eis.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXI. No. 9. Mannheim, 25. Februar 1854.

I.

Erörterung einiger Fragen aus dem Preßgesetze vom 15. Februar 1851.

In Folge des unseligen Conflictes zwischen Curie und Staatsregierung wurde im Auslande ein Zeitungskrieg gegen die Regierung und die Beamten des Inlandes organisirt, welcher die tägliche Anwendung des Preßgesetzes zur unabweislichen Nothwendigkeit macht. Dadurch ist Gelegenheit gegeben worden, dieses neue Gesetz wiederholt zu prüfen: ob es so klar ist, daß es für den, welcher es anzuwenden hat, ein schnelles Verständniß in die Absichten des Gesetzgebers eröffnet; — ob die richtige Anwendung desselben im Stande ist, dem Mißbrauche der Presse schnell und wirksam zu begegnen? — — Es wird daher nicht ungeeignet sein, gerade im jetzigen Augenblicke einige Bestimmungen des Preßgesetzes näher zu beleuchten, und da solche zu verschiedenen Ansichten Veranlassung gaben, sie einer Erörterung zu unterziehen.

Vom Anfang an war es

der §. 18 des Preßgesetzes,

welcher verschiedene Auslegungen fand. Der zweite Satz dieses Paragraphen sagt: „Diese Anordnung (die Ver„nichtung) kann wegen des sträflichen Inhalts einer „Druckschrift von dem Gerichte auch dann verfügt „werden, wenn eine hiefür haftbare Person nicht bekannt, „oder nicht im Bereiche der richterlichen Gewalt des Staates ist."

1) Welcherlei Schriften sind es nun, welche der §. 18 mit der Vernichtung bedroht?
2) Wird die Verfügung dieser Anordnung dem Amtsgerichte oder dem Hofgerichte übertragen?
3) Wo ist der Gerichtsstand für die Anlegung des richterlichen Beschlags und die Vernichtung der Druckschrift?
4) Welches Verfahren ist dabei einzuhalten?

Alle diese Fragen waren bisher mehr oder minder bestritten.

Die erste Frage scheint durch den Wortlaut des Gesetzes klar beantwortet zu sein. Es sollen ohne ergangenes verurtheilendes Erkenntniß nur solche Druckschriften von der Vernichtung getroffen werden, welche sträflichen Inhalts sind; aber auch nur dann, wenn entweder

a) eine hiefür strafbare Person nicht bekannt, oder
b) nicht im Bereiche der richterlichen Gewalt des Staates ist.

Gleichwohl wurde die Ansicht aufgestellt, daß wenn ein auswärtiger Verfasser, Redacteur, Verleger oder Drucker einer Schrift sträflichen Inhalts bekannt sei, der zweite Satz des §. 18 nicht Anwendung finde, sondern nach §. 25 des Pr.G. gegen diese im Auslande wohnenden Personen Anklage zu erheben und in Folge derselben die Vernichtung zu erwirken sei.*) Ich halte

*) So sagt Staatsrath Bekk „Erläuterungen zum Preßgesetz" im Zusatze zum §. 18: „Häufig werden anonyme Schriften an öffentlichen Plätzen oder vor Häusern ausgestreut, ohne daß man ermitteln kann, von wem sie herrühren, oder wer sie verbreitet hat. Der §. 18 schreibt nun vor, daß auch in solchen Fällen, wo kein Thäter in Untersuchung gezogen und verurtheilt werden kann, gleichwohl so wie die Beschlagnahme, so auch die Vernichtung erkannt werden kann. — — — Ist bekannt, woher diese Druckschriften kommen, oder sind sie nicht anonym, so wird, selbst wenn der darauf genannte Verfasser im Auslande wohnt, gegen ihn also der §. 25 anwendbar ist, auf die Vernichtung der Druckschrift nur in dem gegen einen bestimmten Angeschuldigten ergehenden Urtheile erkannt." — Bekk war zur Zeit der Abfassung des Pr.G. Präsident der 2. Kammer, und man darf gewiß annehmen, daß er hiebei thätig und mit den Intentionen der 2. Kammer wohl vertraut war. Auffallend ist hiebei, daß der von dem Referenten er-

diese Auslegung nicht für richtig. Denn der §. 18 setzt gerade den Fall, wenn man nicht weiß, von welcher haftbaren Person die sträfliche Druckschrift kommt, dem entgegen, wenn man dieses weiß und gestattet auch im letzteren Falle die Vernichtung der Druckschrift, jedoch nur unter der Voraussetzung, daß die haftbare Person sich nicht im Bereiche der richterlichen Gewalt des Staates befinde. Es gestattet daher ausdrücklich der zweite Satz des §. 18, daß Druckschriften, für deren sträflichen Inhalt haftbare Personen bekannt sind, aber sich im Auslande aufhalten, ohne Erhebung einer Anklage gegen diese, ohne Erwirkung eines eine Person verurtheilenden Erkenntnisses vernichtet werden. — Mit dieser Auffassung steht auch §. 25 Pr.G. nicht im Widerspruche. Es wollte vielmehr der Gesetzgeber gegen solche Uebertreter des Strafgesetzes, welche sein Arm nicht erreichen kann, in zweifacher Weise das Inland schützen. Er wollte, daß eine für den sträflichen Inhalt einer Druckschrift haftbare Person vor die inländischen Gerichte gezogen, und daß als eine Folge der Verurtheilung der Person die Vernichtung der Druckschrift ausgesprochen werde. Diese Absicht sollte durch den §. 25 und den ersten Satz des §. 18 Pr.G. erreicht werden. Auf diesem weitläufigen *) Wege wird die Absicht, das Inland zu schützen, nur dann erreicht werden, wenn der vorgeladene Ausländer sich zur Verantwortung und zur Strafe erstehung stellt. Daß diese Voraussetzung beinahe nie zutrifft, haben die während der Herrschaft des alten (wie die jüngst) gemachten Erfahrungen zur Genüge dargethan. Es war daher neben diesen Bestimmungen des §. 25 und §. 18, Satz 1 ein weiterer Schutz nöthig, wollte man nicht ganz zwecklos die Zeit der auch zu andern Geschäften berufenen Staatsanwälte und Richter vergeuden. Darum sagt der §. 18: „Diese Anordnung kann auch dann (d. h. ohne Erwirkung eines verurtheilenden Erkenntnisses) verfügt werden, wenn eine hiefür haftbare Person nicht im Bereiche der richterlichen Gewalt des Staates ist.“ Wollte man nun mit Beck annehmen, daß nur auf dem Wege der Anklage die Vernichtung von Druckschriften, für welche im Auslande wohnende Personen haftbar sind, erreicht werden könne, so wäre der Zusatz: „oder nicht im Bereiche der richterlichen Gewalt des Staates“ ohne alle Bedeutung. Denn die Worte: „wenn eine hiefür haftbare Person nicht bekannt ist“ umfaßt sowohl diejenigen Personen, welche im Inlande, als diejenigen, welche im Auslande, also nicht im Bereiche der richterlichen Gewalt des Staates sind. Der Gesetzgeber sagt aber nichts Unnöthiges!

Es liegen indessen auch die Gründe zu dieser weiteren Schutz verheißenden Bestimmung nahe. Ganz abgesehen davon, daß es nicht beabsichtigt worden sein kann, die Kräfte der Staatsbeamten ganz zwecklos zu zersplittern, so kann der Staat in sehr vielen Fällen nur das Interesse haben, vor den schädlichen Folgen einer sträflichen Schrift gesichert zu sein und kann es gerne der Regierung des Staates überlassen, in welchem diese Schrift erscheint, die schuldige Person zu bestrafen. Hier heischt das Interesse des Staates nur die Vernichtung der Schrift, wenn die Sträflichkeit ihres Inhalts durch das die Beschlagnahme aussprechende richterliche Erkenntniß festgestellt ist. Dieses Interesse wird überall da eintreten, wo voraussichtlich die Erhebung einer Anklage den Zweck der Bestrafung nicht erreichen wird. Es wird aber auch dann ein solches Interesse sich geltend machen, wenn zu erwarten ist, daß gerade erst durch die öffentliche Verhandlung das öffentliche Interesse auf eine solche sträfliche Druckschrift gelenkt wird, welche sonst wegen ihres geringen inneren Werthes unbeachtet geblieben wäre. *) Dadurch würden die schädlichen Folgen, welche man vermeiden wollte, geradezu hervorgerufen!

Die zweite Frage, ob das Amts- oder das Hofgericht die Vernichtung einer Druckschrift zu verfügen habe, wurde verschie-

---

stattete Comissionsbericht zu dieser Stelle des §. 18 (16 des Entwurfs) keine Bemerkung, und die Motivirung der Regierungsvorlage nur die Worte enthält: „der weiter gemachte Zusatz ergänzt eine bisher offenbar vorhandene Lücke.“ D. E.

*) Auf ihm allein kann das Verbot einer Zeitung erwirkt werden, §. 26 des Pr.G. Dieß zeigt, daß der Gesetzgeber der periodischen Presse in der allerdings nicht eingetroffenen Voraussetzung, daß sich die für sie haftbaren Personen den Forderungen der Gerechtigkeit, welche Bestrafung der Verbrechen heischt, fügen werden, besondere Rücksicht getragen hat, eine Rücksicht, die nicht im Verhältniß steht mit dem gerechten Anspruche des Inlandes auf wirksamen Schutz gegen die auswärtige Presse. Denn von Erhebung einer Anklage bis zur Erlassung eines Zeitungsverbotes vergehen jedesmal mehrere Monate, in welcher Zeit die Angriffe auf das Inland schonungs- und straflos fortgesetzt werden. D. E.

*) Dieß verdient um so mehr beachtet zu werden, da nach unserer Gesetzgebung — worüber weiter unten — eine Vertheidigung durch einen Anwalt selbst dann zugelassen wird, wenn sich die schuldige Person im sicheren Verstecke hält. D. E.

den beantwortet, weil der §. 38 des Pr.G. die Preßvergehen, mit Ausnahme der durch einen Privatkläger verfolgten Ehrenkränkungs- und Verläumdungsklagen an einen höheren, als den Amtsrichter weist. Der §. 38 erwähnt indessen auch nicht der preßpolizeilichen Uebertretungen, welche nicht, wie es die Natur der Sache und die Zweckmäßigkeit erfordert hätte, den Polizeibehörden *), sondern nach §. 15 den Amtsgerichten zugewiesen sind. §. 30 zeigt schon dadurch, daß er auf Vollständigkeit nicht unbedingten Anspruch macht. Der §. 18 des Pr.G. weist diese Anordnung der Vernichtung dem Gerichte zu. Wie aus dem eben angeführten §. 15 hervorgeht, wird durch diese Bezeichnung der verfügenden Behörde dem, was sie verfügt, der Charakter eines polizeilichen Erkenntnisses nicht genommen. Aus der Natur der Sache geht es nun hervor, daß auch die Anordnung der Vernichtung einer sträflichen Druckschrift einen polizeilichen Charakter habe. Der Zweck derselben ist nicht eine Strafe**), denn diese setzt bekanntlich eine Person voraus, welche gestraft werden soll; sondern es ist eine fürsorgliche Maßregel, damit durch die Verbreitung schädlicher Druckschriften der Staat keinen Schaden nehme. Es ist ohne Rücksicht auf den Urheber des drohenden Unheiles lediglich die Fürsorge der Abwendung desselben, somit eine reine Polizeiangelegenheit, welche dem „Gerichte" zur Besorgung zugewiesen wird. So wie §. 15 für die Erkennung der preßpolizeilichen Strafen die Amtsgerichte zuständig ist, so wird schon die Gleichartigkeit des zu erlassenden Bescheides darauf hinweisen, daß das Amtsgericht hier zuständig sei.

*) Es scheint mir ein Fehler des Gesetzes zu sein, daß es aus all zu großem Respekte vor der Presse die Grundsätze verlassen hat, welche allein maßgebend sein müssen, um eine scharfe Trennung der Gewalten, dadurch aber Folgerichtigkeit und Stetigkeit in dem Verfahren der verschiedenen Behörden hervorzubringen. Man hat unstreitig den Gerichten alle Preßvergehen, auch die polizeilichen zugewiesen, weil man von ihnen erwartete, daß sie mehr als die Polizeibehörden das Gesetz, und nicht das subjective Ermessen zur Richtschnur nehmen. Allein die Polizeibehörden werden ihr subjektives, leicht in Willkür übergreifendes Ermessen gerne bei Seite setzen, wenn, und wo sie Gesetze haben, die ihnen zur Richtschnur dienen können. D. E.

**) Der §. 18 steht zwar im 2. Titel „von den Strafen der durch die Presse begangenen Verbrechen." Allein es paßt diese Ueberschrift nicht durchaus für den 2. Titel; die §§. 19—23 und 25 reden von den zu bestrafenden Personen, der §. 24 von dem Versuche und der Vollendung, die §§. 18 und 26 von polizeilichen Maßregeln, und der §. 27 von der Verjährung. D. E.

Ebenso zeigt die Bezeichnung der zuständigen Behörde mit dem Ausdrucke „Gericht," daß nicht das Hofgericht, sondern das Amtsgericht gemeint ist, denn wo das Preßgesetz des Hofgerichtes als urtheilender Behörde gedenkt, nennt es dieses gleichmäßig „Hofgericht,"*) während es mit den Wörtern „Amtsgericht" und „Gericht" vielfach wechselt, um dieselbe Behörde zu bezeichnen.

Auch die Stellung des §. 38 im zweiten Kapitel des dritten Titels thut dar, daß den von ihm bezeichneten Behörden die Verfügung der Vernichtung einer Druckschrift nicht habe zugewiesen werden wollen.

Dieses Kapitel trägt die Ueberschrift: „von dem Strafverfahren." Es handelt also von dem Verfahren gegen eine bestimmte, zu bestrafende Person. Denn dieses Strafverfahren beginnt nach §. 41 mit der Einreichung der Anklage. Ein wesentlicher Bestandtheil einer Anklage ist aber die Bezeichnung der angeschuldigten Personen. §. 41. Ziff. 3. Diese Personen sollen aber gerade nach dem §. 18 d. Pr.G. nicht Gegenstand der Vernichtung sein, sondern lediglich das Produkt derselben. Die aus dem §. 38 Pr.G. hergenommenen Zweifel erscheinen daher ungegründet, und es kann nur das Amtsgericht die für die Anordnung der Vernichtung einer Druckschrift zuständige Behörde sein.

3) Der Gerichtsstand für die Anordnung der Vernichtung einer Druckschrift ist bei jedem Amtsgerichte**) des Landes begründet, sobald nur dem Amtsgerichte durch Vorlage eines Exemplars dieser Druckschrift dargethan wird, daß sich solche im Inlande befinde. Diese Beantwortung der dritten Frage erscheint vielleicht gewagt. Nichts destoweniger wird sie die allein richtige sein. Es war vielfach die Ansicht verbreitet, daß ein Amtsgericht nur dann, wenn in dessen Sprengel eine sträfliche Flugschrift verbreitet***) worden ist, zur An-

*) Nur in 2 Paragraphen des Pr.G., den §§. 25 und 54, wird mit dem Ausdruck „Gericht" auch das Hofgericht bezeichnet, allein in beiden §§. umfaßt diese Bezeichnung das Amtsgericht und das Hofgericht zugleich. D. E.

**) Daß jedes Amtsgericht des Landes zuständig ist gegen auswärtige, für eine sträfliche Druckschrift haftbare Personen einzuschreiten, hat auf das Klarste nachgewiesen v. Freydorf in Annalen XVIII. Nr. 47, und das Gr. Oberhofgericht hat in der Anklagesache gegen Schabelitz von Basel diese Ansicht bestätigt, ebendort No. 48.

***) Es dürfte vielleicht nicht ungeeignet sein, hier auf die Bedeutung des Ausdruckes „Verbreitung einer Druckschrift" aufmerksam zu machen. §. 24 gibt hiezu die Erklärung: wenn die Schrift

ordnung der Vernichtung derselben die zuständige Behörde sei. Allein diese Ansicht ist unrichtig. Der Umstand, daß eine sträfliche Druckschrift auf buchhändlerischem Wege in Verkehr gesetzt, oder sonst in Umlauf gebracht worden ist, bedingt die Vollendung eines Preßvergehens (§. 24); nach §. 19 Z 5, 20. 22 Pr.G. ist der Verbreiter deßhalb strafbar, weil er eine sträfliche Druckschrift in Umlauf gesetzt, und dadurch ein Preßvergehen verübt hat; dadurch wird das Gericht, in dessen Sprengel er es begangen hat, nach §. 36 Pr.G. zur Führung der Untersuchung zuständig. Diese Gesetzesstellen setzen aber überall einen Thäter voraus, gegen welchen eine Untersuchung eingeleitet, eine Anklage erhoben, ein Urtheil erwirkt werden soll. Alles dieses will ja gerade der §. 18 Pr.G. vermeiden. Er will die Vernichtung der Druckschrift angeordnet wissen, ohne daß ein verurtheilendes Erkenntniß ergeht. Er will, daß diese Anordnung überall da ausgesprochen wird, wo die Verurtheilung einer haftbaren Person unmöglich oder zweckwidrig wäre. Die für sich allein stehende Erklärung, daß eine Schrift einen sträflichen Inhalt habe und deßhalb zu vernichten sei, ist daher nicht gegen eine Person gerichtet. — Nur für solche Verbrechen aber, deren Untersuchung die Bestrafung ihres Urhebers bezweckt, hat der III. Titel der Strafprozeßordnung und §. 36. 38 des Pr.G. die Zuständigkeit des Untersuchungs- und urtheilenden Richters festgesetzt. Nun ist aber die Vernichtung einer Druckschrift, wie bereits oben gezeigt ist, eine nur auf die Sache gerichtete, reinpolizeilich fürsehende Maßregel.

Weil aber der Gesetzgeber eine bestimmte Behörde nicht bezeichnet hat, welche für diese Handlung zuständig ist, so muß jede Behörde, deren Pflicht die Aufrechthaltung der Sicherheit ist, sich dieser Geschäfte unterziehen. Diese Pflicht gehört zu dem Geschäftskreise der Polizeibehörden, für Preßsachen sind aber die Amtsgerichte an ihre Stelle gesetzt. *)

Die vierte Frage wurde, soviel dem Einsender bekannt ist, überall dahin gelöst, daß der Staatsanwalt einem Untersuchungsrichter (Amtsgerichte) ein Exemplar der sträflichen Druckschrift mit dem Antrag gerichtlichen Beschlag zu erkennen, und die Vernichtung der Druckschrift anzuordnen übersandte, worauf, wenn die Druckschrift als sträflichen Inhalts erkannt worden ist, sofort und ohne Eröffnung von Rekurs- oder Beschwerdefristen dem Antrage in seinen beiden Richtungen Folge gegeben wurde. Dieses Verfahren verstößt gegen keine Bestimmung des Preßgesetzes. Es geschieht dadurch keiner Person Unrecht, weil keine solche als Angeschuldigter behandelt wird. Aus diesem Grunde wird auch keinem Inhaber einer zu vernichtenden Druckschrift das Recht zustehen, die behauptete Sträflichkeit einer Druckschrift zu bestreiten, wenn sie sich nicht für deren Inhalt haftbar erklärt, und zugleich dem Untersuchungsrichter, also in den Bereich der strafrichterlichen Gewalt des Staates sich stellt, in welchem Falle die Voraussetzungen des §. 18 Pr.G. wegfallen.

Der bloße Besitz *) einer solchen Druckschrift kann gegen eine im öffentlichen Interesse ergriffene Maaßregel zu einer Einsprache, oder zu einer Beschwerde im Wege des Strafprozesses doch wohl nicht ermächtigen, denn es ist ja kein Verbrecher vorhanden, gegen welchen ein Strafverfahren eingeleitet wird.

Der Umstand, daß dem redlichen Besitzer einer sträflichen Druckschrift durch deren im öffentlichen Interesse erkannten Beschlagnahme und Vernichtung Schaden in seinem Privatvermögen zugehe, kann ihn vielleicht unter Umständen berechtigen, auf den Grund des

---

„in Verkehr gesetzt, oder auf anderem Wege in Umlauf gebracht" ist. Es wird daher immer verlangt werden müssen, daß eine Druckschrift, sei es in einem, oder in mehreren Exemplaren einer Mehrzahl von Personen nach einander oder zugleich zugestellt werde. Es wird somit eine Verbreitung noch nicht vorhanden sein, wenn ein Exemplar einem Buchhändler zugeschickt wird, und dieser es behält, ohne es zur Einsicht oder zum Verkauf weiter zu geben. Es wird aber diese Zusendung eines Exemplars hinreichend sein, um den Antrag auf Beschlagnahme und Vernichtung der Druckschrift zu begründen. D. E.

*) Von diesem Gesichtspunkte ausgehend hat der Staatsanwalt am mittelrheinischen Hofgerichte einzelne Exemplare von Druckschriften sträflichen Inhalts, welche entweder von den Landescommissären oder beim Eingange in das Land an den Grenzorten vom Polizeipersonal mit Beschlag belegt worden sind, vor deren Verbreitung einzelnen Untersuchungsrichtern mit dem Antrage auf gerichtliche Bestätigung des Beschlags und auf Vernichtung zugesendet, und es ist diesen Anträgen jeweils von den Aemtern ohne eine Bestreitung ihrer Zuständigkeit wegen mangelnden Nachweises der Verbreitung in ihrem Sprengel willfahrt worden. D. E.

*) Denjenigen, welcher sich im Privatbesitz einer solchen Druckschrift befindet, trifft die Anordnung ohnehin nicht, sondern nur die Inhaber von Kaffee-, Wirths- und Gasthäusern, oder Lesecabinetten, wo solche Schriften aufgelegt werden, oder den Buchhändler. Für die letzteren ist die Sache in pecuniärer Beziehung ziemlich gleichgiltig, da nach allgemeinem Brauch der deutschen Buchhandlungen die ihnen zugesendeten Bücher fremden Verlags nicht als Eigenthum, sondern nur als Commissionsartikel auf das Lager genommen werden. D. E.

L.R.S. 545 die §§. 14 und 16 der Verfassungsurkunde von dem Staate einen Schadens ersatz zu begehren. Er kann aber deßhalb, weil seine Privatinteressen unter einem solchen Erkenntnisse leiden, die Sträflichkeit einer Schrift, deren unbekannter oder entfernter Urheber von dem Arme des Gesetzes nicht zu erreichen ist, nicht bestreiten! Dies zu gestatten, wäre nur eine neue Erschwerung des keineswegs leichten Amtes dem aus sicherer Ferne geübten Mißbrauche der Presse zu steuern.

Das mittelrheinische Hofgericht faßte, wie aus seinem Plenarbeschlusse vom 14. Januar *) erhellt, die Sache von einem andern Gesichtspunkte auf.

Zum §. 47 des Pr.G.

An die oben unter 2 und 3 erörterte Zuständigkeit des Amtsgerichts reiht sich eine andere Competenzfrage an. Im Falle der directen Vorladung — so mag kurz der Fall des §. 47 des Pr.G. bezeichnet werden — beginnt das Strafverfahren nicht auf die beim Untersuchungsgericht eingereichte Anklage (§. 41 Pr.G.), sondern damit, daß dem Hofgerichte die Anklageschrift überreicht wird. In den weitaus meisten Fällen wird in der Anklageschrift der Antrag auf gerichtliche Bestätigung des polizeilich bereits angelegten, oder auf gerichtliche Anlegung des noch nicht erkannten Beschlags gestellt. Daß bei dem gewöhnlichen Verfahren nach §. 29. 31. 32 Pr.G. das Amtsgericht es ist, welches den gerichtlichen Beschlag zu erkennen hat, darüber wird ein Zweifel nicht obwalten. Aber wer erkennt ihn bei der direkten Vorladung? das Amtsgericht, oder das Hofgericht?

Das mittelrheinische Hofgericht hat sich in der Anklage des großh. Staatsanwaltes gegen den Redakteur des deutschen Volksblattes, Dr. Rieß wegen Majestätsbeleidigung für Ersteres entschieden, und wohl mit Recht. Es ist zwar nicht zu verkennen, daß auch für die Zuständigkeit des Hofgerichts sprechende Gründe vorhanden sind. Denn

a) die ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung, daß „Grund zur gerichtlichen Verfolgung vorhanden" ist, §. 42, daß „die Anklage begründet ist §. 47, ist allein die Bedingung, unter welcher die Ladung erkannt wird, und sie fällt in der Beurtheilung der Sträflichkeit des Inhalts einer Druckschrift zusammen mit der Beurtheilung, ob Grund zur gerichtlichen Bestätigung des Beschlags vorhanden sei. Consequent muß daher Beides von derselben Behörde ausgehen, wenn ein schreiender Widerspruch im einzelnen Fall vermieden werden will. Denn wie, wenn das Hofgericht die Anklage für begründet hält und Ladung erkennt, das Amt aber die gerichtliche Anlegung oder Bestätigung des Beschlages versagt? oder umgekehrt? Die Beschwerdeführung kann hier nicht helfen, da sie nur dann Suspensiveffekt hat, wenn der Beschlag vom Amtsgericht verfügt, nicht aber wenn der polizeilich angelegte Beschlag aufgehoben worden ist. §. 40.

b) Der Antrag auf Beschlag soll nach §. 32 zugleich mit der Anklageschrift überreicht werden. Also nach §. 47 bei dem Hofgerichte, welches alsdann das Amt auffordert, über den Beschlag zu erkennen. Nun soll aber nach §. 32 der Antrag auf Beschlag mit der Anklage innerhalb 10 Tage *), von der Beschlaganlegung, eingereicht werden, und wenn von letzterer an gerechnet 14 Tage verflossen sind, ehe die polizeiliche Beschlagnahme richterlich bestätigt wird, so verliert nach §. 33 der polizeiliche Beschlag seine Wirkung.

*) Siehe Annalen dieses Jahres No. 10.

*) Man darf hier nicht aus dem Auge verlieren, daß nicht allein wegen Zeitungsartikel, sondern wegen jeder Druckschrift, deren Verfasser sich auf der Druckschrift nennt, die direkte Vorladung statt hat, und namentlich bei solchen Fällen, welche zur schwurgerichtlichen Zuständigkeit gehören, von höchster Wichtigkeit ist. Bei Druckschriften, wo tieferes Eingehen nöthig ist, deren Prüfung also einige Zeit erfordert, soll nun in dem kurzen Zeitraum von 14 Tagen eine dreimalige Prüfung — durch den Staatsanwalt, den hofgerichtlichen Referenten und auf seinen Vortrag durch den hofgerichtlichen Senat, und durch den richterlichen Refpicienten des Amtes, der eine andere Person sein muß, als die, von welcher die polizeiliche Beschlagnahme herrührt, stattfinden! Die Ausfertigungen, das Hin- und Herschicken und die geschäftlichen Hindernisse sind hier noch gar nicht in Berücksichtigung gezogen. Der Staatsanwalt wird aber nur selten in der Lage sein, gleichzeitig die Anklage beim Hofgerichte und den Antrag auf richterliche Beschlagbestätigung bei dem Amte einzureichen, da ihm beinahe immer nur ein Exemplar der Druckschrift zu Gebote steht! — Dieses eine Beispiel mag genügen, um die bei der direkten Vorladung am meisten in die Augen springende Unzweckmäßigkeit der kurzen Fristen der §§. 32 und 33 darzuthun. Die Commission der zweiten Kammer fühlte dieß, sie hat die Frist, in welcher der Staatsanwalt die Anklageschrift mit dem Antrag auf richterliche Beschlagbestätigung einreichen soll, und welche im Entwurfe (§. 29) auf 8 Tage festgesetzt war, um — zwei Tage erhöht! Diese Aengstlichkeit, mit welcher man durch die kurze Fristen die Schriftsteller gegen die eingebildete Verfolgungssucht der von andern Geschäften mehr als hinlänglich in Anspruch genommenen Staatsanwälte zu schützen suchte, nützt der Preßfreiheit so gut wie nichts; sie führt aber zu Umgehungen, zu Uebertretungen des Gesetzes bei Amtsrichtern, denen die Sache mehr gilt, als die Form. Nichtachtung des Gesetzes durch die, welche es handhaben sollen, führt aber zu schweren Folgen! D. E.

Bei der theilweise großen Entfernung der Wohnsitze der Staatsanwälte von den Amtssitzen wird dieser Umweg durch die Hofgerichte es entweder unmöglich *) machen der direkten Vorladung sich zu bedienen, oder die Aufrechthaltung des polizeilichen Beschlages vereiteln. Man soll aber nicht annehmen, daß der Gesetzgeber Unmögliches von den Dienern des Gesetzes verlangt. Gleichwohl wird nur das Amts- und nicht das Hofgericht zur richterlichen Beschlaganlegung zuständig sein: denn

a) ist dem Hofgerichte nirgends diese Funktion zugewiesen, während, wie oben erwähnt, sie im gewöhnlichen Verfahren dem Amtsgerichte zugetheilt ist.

b) Wenn das Hofgericht für die Beschlaganlage zuständig wäre, so müßte die Beschwerdeführung an das Oberhofgericht gegeben sein.

Nun gedenkt das Preßgesetz des höchsten Gerichtshofes nur als Rekursgericht. §. 56. Hierdurch ist zwar nicht unbedingt in Preßsachen jede Beschwerdeführung gegen hofgerichtliche Verfügungen an das Oberhofgericht ausgeschlossen zu erachten *); wohl aber bezüglich solcher Verfügungen, gegen welche das Gesetz der Beschwerdeführungen ausdrücklich erwähnt, und deren Erledigung dem Hofgerichte ausdrücklich zuweist. Dies hat nun der §. 40 gethan. Nach diesem soll gegen ein die Beschlagnahme verfügendes oder abweisendes Erkenntniß die Beschwerdeführung an das Hofgericht statt haben. Dies setzt nun natürlich voraus, daß das Beschwerende Erkenntniß von dem untergeordneten Gerichte, also dem Amtsgerichte, erlassen worden sei.

Der §. 47 bot noch zu weiteren Bedenken Anlaß. So nennt er als haftbare Person für eine Zeitschrift oder Zeitung nur den „Herausgeber," gegen welchen die direkte Vorladung statt hat. Wenn man nun auch annehmen darf, daß hier unter Herausgeber (§. 19, Ziff. 2) dieselbe Person gemeint ist, welche der §. 23 Redacteur nennt, so bleibt doch der Zweifel, ob nur gegen den Verfasser und Herausgeber die direkte Vorladung zuläßig ist, oder auch gegen den Drucker oder Verleger, wenn sich diese auf der Zeitschrift nennen, sei es allein oder neben dem Redakteur. Das mittelrheinische Hofgericht hat auch in diesem Falle die direkte Vorladung für zuläßig erachtet, als das deutsche Volksblatt in Stuttgart eine Zeitlang ohne Nennung seines bisherigen Redakteurs Rieß lediglich unter der Verantwortlichkeit des Druckers Rümmelin erschien, und der Staatsanwalt gegen diesen Anklage erhob. Weder die Motive der Regierung zu dem §. 47 (44 des Entwurfs), noch der Kommissionsbericht der zweiten Kammer geben darüber Aufschluß, warum im Eingange des gedachten Paragraphen nicht unzweideutig gesagt ist, daß die direkte Vorladung gegen jede nach §. 19 1—4 haftbare Person, welche sich auf der Druckschrift genannt hat, stattfinde. Der Kommissionsbericht bemerkt aber, daß dieses Verfahren für alle Preßsachen passend erscheine, bei welchen der Thatbestand in der Druckschrift offen vorliege, und „voraussichtlich nur „Rechtsfragen der Gegenstand der Verhandlungen sein „werden", wo also auch die Frage nach der Thäterschaft keinem Zweifel mehr unterliegt. Dies ist überall da der Fall, wo sich eine Person in der Druckschrift nennt, welche das Gesetz für deren sträflichen Inhalt haftbar erklärt, somit bei allen unter 1—4 des §. 19 aufgezählten Personen. Es wird daher die ausdehnende Interpretation, welche das mittelrheinische Hofgericht dem §. 47 in Beziehung auf die durch die direkte Vorladung zu belangenden Prsonen gegeben hat, gewiß gerechtfertigt sein.

Ueber den §. 47 wurden noch weitere Zweifel erhoben. Ist der in demselben angedrohte Rechtsnachtheil auszusprechen? wann? vor oder mit dem Urtheile? ist eine Wiederherstellung gegen denselben nach §. 44 zuläßig? Ueber alle diese Fragen hätte man wohl von dem Gesetzgeber bei der Bestimmung des Ausnahmverfahrens der direkten Vorladung Aufschluß erwarten dürfen, aber der Absatz 3 des §. 47 handelt nur davon, wie es zu halten sei, wenn der Vorgeladene sich vernehmen läßt und Entschuldigungsthatsachen vorträgt, nicht aber davon, wenn er schweigt, und ungehorsam ausbleibt.

Bezüglich der Androhung, daß der Vorgeladene mit Entschuldigungsthatsachen nicht gehört werden soll, wenn er solche nicht spätestens 3 Tage vor dem Sitzungstage vorbringt, bedarf es des Ausspruchs eines Rechtsnachtheils nicht. Diese Androhung enthält vielmehr nur eine unerstreckliche Frist, innerhalb welcher Entschuldigungsthatsachen allein vorgetragen werden dürfen. Werden sie später vorgebracht, so muß der Vortrag als verspätet verworfen werden, wie ein Verurtheilter, der die Berufungsfristen versäumt hat, mit seiner verspäteten Rekursrechtfertigung zurückzuweisen ist. — Was dagegen den Rechtsnachtheil der §. 42, den der §. 47 ebenfalls ange-

---

*) Einf.Ges. vom 5. Februar 1851 §. 110. 125. Rekursgesetz vom 3. August 1837 §. 2. §. 296 St.P.O. D. E.

droht wissen will, betrifft, so ist der Ausspruch dieses Rechtsnachtheils deßhalb nöthig, weil das Zugeständniß der Anklagethatsachen die Grundlage des Urtheils bilden muß. Bekk ist nun in seinen Erläuterungen zu §. 47 der Ansicht, daß dieser Ausspruch im Urtheile selbst erfolge, und so ist es auch bisher bei'm mittelrheinischen Hofgerichte gehalten worden. Wie aber, wenn der Angeklagte in den letzten 3 Tagen, oder in der Sitzung selbst erscheint, und die Anklagethatsachen in Abrede stellt? Wäre dies unzulässig? Gewiß nicht.*) Der §. 47 will nur, daß der bis zum dritten Tage vor der Gerichtssitzung schweigende Angeklagte mit Entschuldigungsthatsachen nicht mehr gehört werde; das Läugnen der Klaggründe ist keine Entschuldigungsthatsache; (der Beweis der Letzteren liegt dem Angeklagten, der der Ersteren dem Ankläger ob.) Ja! es soll die Vorladung in die Sitzung unter dem Androhen des §. 42 geschehen, was ja voraussetzt, daß der Angeklagte erst in der Sitzung sich über die Anklagethatsachen zu erklären, somit auch noch das Recht hat, sie zu widersprechen. Erfolgt nun ein solcher Widerspruch, so wird, da dem Ankläger nicht für die Anklage, wie dem Angeklagten für die Entschuldigungsthatsachen die Beweisanticipation zur Pflicht gemacht ist, von dem Hofgerichte eine Voruntersuchung angeordnet, und das ordentliche Verfahren eingeleitet werden müssen.

Gegen den Ausspruch des Rechtsnachtheils, es seien die Anklagethatsachen für zugestanden angenommen, hält Bekk nur die Wiederherstellung des §. 140 u. 141 Str.-P.O.; und nicht die einfache Wiederherstellung nach §. 44 Pr.G. für zulässig. Es scheint mir unzweifelhaft, daß dieses die Absicht des Gesetzgebers war; ausgesprochen hat er sie aber im Preßgesetze nicht. Denn daraus, daß die Sitzung „zur Verhandlung und Aburtheilung" nach §. 47 bestimmt sein soll, folgt noch nicht, daß gegen ein auf ein Versäumungserkenntniß gebautes Urtheil eine Wiederherstellung unstatthaft sei. Das frühere Preßgesetz hat vielmehr eine solche Wiederherstellung ausdrücklich in §. 75 zugelassen. Erwägt man jedoch, daß im §. 44 die einfache Wiederherstellung für das ordentliche Verfahren ausdrücklich zugelassen ist, und daß gerade das neue Preßgesetz gegeben wurde, um die Mißstände des alten zu beseitigen, so wird man das Schweigen des Gesetzgebers hier gewiß nicht als ein Uebersehen betrachten dürfen. Man wird vielmehr annehmen müssen, daß er für diesen Fall eine besondere Bestimmung für unnöthig erachtete; denn durch den §. 25 des E.G. vom 5 Februar 1851 sind die §§. 140 und 141 St.Pr.-Ord. in Wirksamkeit gesetzt. Hiernach ist aber eine Wiederherstellung gegen Rechtsnachtheile, die wegen Nichterscheinens an einem bestimmten Tage ausgesprochen sind, nur unter den Voraussetzungen des §. 140 St.Pr.-Ord. zulässig; die einfache Wiederherstellung gegen das nach §. 47 zu erlassende Versäumungserkenntniß fällt daher von selbst weg.

Hat der ungehorsam ausbleibende Angeklagte das Recht sich in der zur Verhandlung anberaumten Sitzung durch einen Anwalt vertheidigen zu lassen?*)

§. 195 der St.Pr.Ord. schreibt nur vor, daß der zur Vernehmung über die Anschuldigungen Vorgeladene persönlich zu erscheinen und mündlich auf die an ihn gerichteten Fragen zu antworten hat. Wesentlich von dieser Pflicht, seine Handlungen selbst zu vertreten, ist das Recht, sie zu vertheidigen. Das Erstere bildet einen Theil der Untersuchung, das Letztere tritt erst nach dem Schlusse der Untersuchung ein. Unsere ganze Strafgesetzgebung in allen ihren Theilen hat das Recht der Vertheidigung durchaus nicht beschränkt. Für Anwesende hat der §. 214 nach eröffneter Zusammenstellung die Vertheidigung unbedingt zugelassen, und „je nach der Wichtigkeit und Verwicklung des Falles" das Gericht angewiesen, dem unvermögenden Angeschuldigten von Amtswegen einen Vertheidiger zu bestellen; und der §. 321 will, daß wenn die Verhandlung gegen einen Abwesenden vorgenommen wird, dies „unter „Zulassung des von ihm selbst, oder von Amtswegen etwa aufgestellten Vertheidigers" geschehe. Für das schwurgerichtliche Verfahren hat nach den §§. 86. 133 des Gesetzes vom 5. Februar 1851 die Aufstellung eines Vertheidigers immer zu geschehen, und wenn sich die Sache zur hofgerichtlichen Aburtheilung eignet, so soll nicht nur nach §. 133 ein von den Angehörigen des Angeschuldigten aufgestellter Vertheidiger zugelassen, sondern je nach der Wichtigkeit und Verwicklung des Falles ein solcher von Amtswegen vor Erlassung des Urtheils aufgestellt werden.**) Es hätte sonach, da das gemeine

---

*) Bekk scheint hier anderer Ansicht zu sein. Er sagt S. 87 seiner Erläuterungen: Die in andern Fällen nach §. 44 vorher zu gebende Ausschlußverfügung fällt hier weg, denn thatsächliche Widersprüche oder Einwendungen kann der Angeklagte, wenn er sie nicht wenigstens 3 Tage vorbrachte, nach §. 47 jedenfalls nicht mehr vortragen. D. E.

*) In den Verhandlungen der 6 Anklagen des Staatsanwaltes gegen die für das deutsche Volksblatt haftenden Personen kam bei dem mittelrheinischen Hofgerichte diese Frage zur Sprache. Es äußerte der Staatsanwalt, aufgefordert von dem Vorsitzenden sich darüber auszusprechen, ob der erschienene Vertheidiger des auf die directe Vorladung ungehorsam ausgebliebenen Angeklagten, zuzulassen sei, daß er es für bedenklich halte, den Vertheidiger eines Nichterschienenen zuzulassen, ohne daß das Gesetz, welches nur für den im ordentlichen Verfahren Ausbleibenden die Vertheidigung gestatte, dieß ausspreche; daß er aber die Entscheidung lediglich dem Gerichtshofe anheim stelle. Dieser ließ die Vertheidigung zu „unter Hinweisung auf §. 46 des Pr.G., welcher ebensowohl die Fälle des §. 42 und 43 als jene des §. 44 desselben Gesetzes im Auge habe u. s. w." D. E.

**) Verschieden hievon ist das weniger dem Prinzip der Gerechtigkeit, als dem der Zweckmäßigkeit huldigende französische Verfahren. Art. 468 des Code d'instruction criminelle sagt: Aucun conseil, aucun avoué ne pourra se présenter pour défendre l'accusé contumax. D. E.

Prozeßrecht in einem Specialverfahren überall eintritt, wo letzteres keine abweichende Bestimmung trifft, in dem Preßgesetze keiner Vorschriften bedurft, um das Recht der Vertheidigung zu wahren. Zum Ueberfluß weist aber der §. 46 des Pr.G. für den Fall, daß im ordentlichen Verfahren der Angeklagte in der Sitzung nicht erscheint, auf den (oben angegebenen) §. 321 der St.Pr.Ord. hin, und der §. 49 des Pr.G. ordnet an, daß in schwurgerichtlichen Fällen, wenn der Staatsanwalt auf eine peinliche Strafe anträgt, ein Vertheidiger aufgestellt werden muß. „In anderen Fällen, gleichviel ob die Sache vor dem Hof- oder dem Schwurgericht abgehandelt werde, soll nach Vorschrift des §. 214 St.Pr.Ord., dessen Inhalt oben ebenfalls angegeben ist, verfahren werden." Dieser §. 214 handelt allerdings nicht von Abwesenden; es hat daher für die Fälle, daß auf eine direkte Vorladung, oder im schwurgerichtlichen Verfahren der Angeklagte nicht erscheint, das Preßgesetz keine Bestimmnng getroffen. Daraus darf aber nicht geschlossen werden, daß in diesen Fällen die Vertheidigung ausgeschlossen sein solle. Hätte der Gesetzgeber diese von dem gemeinen Prozeßrecht abweichende Bestimmung treffen wollen, so hätte er dieses ausdrücklich sagen müssen. Aus seinem Schweigen ist vielmehr nur zu folgern, daß es bei den gemeinrechtlichen Bestimmungen sein Bewenden habe.

Zum §. 44 des Preßgesetzes.

Die Frage, von welchem Tage an die öffentliche Vorladung eines Abwesenden als eröffnet gilt, wurde früher *) vielfach dahin beantwortet, daß sie erst nach Ablauf des 30. Tages von der Einrückung in die Zeitung an gerechnet, dem Angeklagten als eröffnet angenommen werden dürfe. Diese Annahme ist indessen in dem §. 44 nicht begründet und steht mit den übrigen Gesetzen **) über die öffentlichen Verkündungen nicht im Einklange.

Vergleicht man die Bestimmungen, welche die Strafprozeßordnung, die alte und neue bürgerliche Prozeßordnung und das Einführungsgesetz über die Veröffentlichung der Vorladungen und der Erkenntnisse gegen Abwesende enthalten, so ergibt sich, daß die Vorladungen von dem Tage der Veröffentlichung an, als verkündet gelten, daß der Gesetzgeber aber voraussetzt, es werde der Richter eine zur Befolgung der Ladung dem Abwesenden hinreichende Zeit gönnen. Was dagegen die Eröffnung der Urtheile anlangt, daß solche erst nach Ablauf einer bestimmten Frist von der Veröffentlichung an als verkündet angenommen werden sollen. Das Gleiche und nicht ein Mehreres oder Anderes sagt der §. 44 des Pr.-Ges. Die Worte „auf gleiche Weise" beziehen sich allein auf die Art, in welcher die Veröffentlichung der Vorladung und des Urtheils statthaben soll; sie erstrecken sich nicht darüber, von welchem Zeitpunkte an die Vorladung als eröffnet gelte. Der Umlauf einer 30 tägigen Frist ist nur bezüglich der Urtheilsverkündung vorgeschrieben und hat auf die der Vorladung keinen Bezug. *)

Die Erörterung der bisher beantworteten Fragen aus dem Preßgesetze mag darthun, daß das Preßgesetz nicht durchaus den Forderungen, welche der Praktiker an ein neues Gesetz machen darf, genügt, sie mag zugleich auch dafür Hindeutungen enthalten, daß es nicht leicht ist, einem vom Auslande her organisirten Preßunfuge durch Anwendung des Preßgesetzes schnell und wirksam zu begegnen.

Ottendorff.

---

*) So auch von Bekk; siehe Zusatz zum §. 44 des Pr.G.

**) Die St.P.O. §§. 136, 318 verweist für die Veröffentlichung der Vorladung auf die bürgerl. Pr.O. und setzt im §. 319 fest, daß das gegen einen Abwesenden erlassene Urtheil am 30. Tage nach der 3. Einrückung in die Zeitung als eröffnet gelte. Die alte bürgerliche Pr.O. (§. 275) enthält darüber keine Bestimmung, von welchem Tage an die öffentliche Vorladung einem Abwesenden als eröffnet gelte, will aber nach §. 384 c. Art. 2 der Novelle, daß das gegen einen Abwesenden erlassene Urtheil am 30. Tage nach dem Anschlag, beziehungsweise dem Einrücken in die Zeitungen, für verkündet gelte. Die neue bürgerl. Pr.O. sagt dagegen in §. 263, daß eine öffentlich bekannt gemachte Verfügung von dem Tage des Anschlags, oder von dem Tage der ersten Einrückung in die Zeitung für eröffnet gelte, und bestimmt für die Verkündigung der Urtheile in §. 346, daß solche mit dem Ablaufe von 14 Tagen nach dem Anschlage, oder der letzten Einrückung in die Zeitung als verkündet anzunehmen seien. Das Einführungsgesetz vom 5. Februar 1851 endlich bestimmt in §. 128, daß in der öffentlichen Vorladung der Abwesende aufgefordert werden soll, sich binnen einer angemessenen Frist zu stellen, — und in §. 136, daß das gegen einen Abwesenden erlassene verurtheilende Erkenntniß vom 30. Tage nach dem Einrücken in die Residenz als eröffnet gelte. D. E.

*) Wollte man diese Vorschrift über die Verkündung der Urtheile auch auf die der Vorladungen hinüberziehen, so wäre dieß nur eine weitere Erschwerung des Verbotes einer auswärtigen Zeitung, in welcher planmäßig fortwährende Angriffe auf das Inland gemacht werden. Wie wenig Schutz der §. 26 bei dem dermaligen, schleppenden Prozeßverfahren gewährt, mag daraus hervorgehen, daß das deutsche Volksblatt, gegen welches schon im November die erste der 7 Anklagen erhoben werden ist, bis zur Stunde noch nicht verboten werden konnte, und wegen seiner maßlosen Ausfälle beinahe alle Tage mit Beschlag belegt werden muß. D. E.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXI. **No. 10.** Mannheim, 4. Februar 1854.

I.

Ueber das Verfahren, wenn nach §. 18 des Preß-Gesetzes Beschlagnahme und Vernichtung einer Druckschrift erkannt wird.

Auf den Antrag des großh. Staatsanwaltes hat das Amt K. eine Nummer einer in Berlin erscheinenden Zeitschrift nach §. 18 des Preßgesetzes mit Beschlag belegt, und deren Vernichtung angeordnet. Das Berliner Stadtgericht weigerte sich, dem ergangenen Ansuchen, dieses Erkenntniß dem Redakteur zu eröffnen, Folge zu geben. Das Amt K. wandte sich darauf an den vorgesetzten Gerichtshof, um durch seine Vermittlung die Eröffnung, beziehungsweise die Zustellung seines Erkenntnisses zu bewirken.

Anläßlich dieses Vorganges gab das mittelrheinische Hofgericht nach vorgängiger Berathung in vollem Rathe folgende, sämmtlichen Aemtern seines Kreises zur Nachricht mitgetheilte Erwiderung:

Ist eine für eine Druckschrift haftbare Person (Preßgesetz §. 19) bekannt, und im Bereiche der richterlichen Gewalt des Staates, so kann die Unterdrückung oder Vernichtung der Druckschrift nur im Strafurtheil, welches gegen die zu belangende haftbare Person ergeht, ausgesprochen werden.

Eben dieses gilt auch, wenn der Staatsanwalt gegen einen nicht im Bereiche der richterlichen Gewalt des Staates befindlichen, auswärtigen Verfasser, Redakteur, Verleger oder Drucker einer Druckschrift, gleichwohl nach §. 25 des Pr.G. vor einem inländischen Gerichte Anklage erhebt.

In beiden Fällen ist nämlich das über die Bestrafung des Angeklagten einzuleitende Verfahren die Hauptsache, die Vernichtung der Druckschrift (im Allgemeinen), so wie der dieselbe vorläufig sichernde Beschlag aber nur ein Nebenpunkt, der sich nach der Hauptsache richtet. —

Wenn dagegen der nach §. 19 des Pr.G. verantwortliche Verfasser, Herausgeber, Verleger, Drucker oder Verbreiter einer mit Beschlag belegten strafbaren Druckschrift nicht bekannt ist, oder gegen ihn deßwegen, weil er sich nicht im Bereiche der richterlichen Gewalt des Staates befindet, keine Anklage erhoben, sondern vom Staatsanwalte nur auf Vernichtung der im Inlande mit Beschlag belegten, beziehungsweise der zur Verbreitung durch die Post, oder durch Buchhändler bestimmten, oder an dem Publikum zugänglichen Orten aufgelegten, und darum der Beschlagnahme unterworfenen Exemplare der Druckschrift angetragen wird, so ist das auf Vernichtung dieser Exemplare gerichtete Verfahren, so wenig als das dieselbe vorläufig sichernde Beschlagnahme-Verfahren gegen den etwa im Auslande befindlichen (nicht belangten) Verfasser, Herausgeber, Verleger oder Drucker gerichtet, einem solchen also davon auch keinerlei Eröffnung zu machen. — Es handelt sich hier nicht, wie in den andern Fällen, um eine Nebenfolge der Verurtheilung eines in der Hauptsache Angeklagten, sondern um ein auf die Vernichtung der, anderen Personen hinweggenommenen Exemplaren gehendes, selbstständiges Erkenntniß, und hiebei erscheinen nur diejenigen als betheiligt, welche Ansprüche in eigenem oder fremdem Namen auf die in Frage stehenden Exemplarien zustehen, bei welchen nämlich solche Exemplare mit Beschlag belegt, oder welchen sie im Wege des Beschlags weggenommen worden sind, namentlich die Post oder Buchhändler, welchen gegenüber dieß geschah, und diejenigen, welche solche Exemplarien an dem Publikum zugängigen Orten aufgelegt haben.

Nur gegen diese ist in solchen Fällen der Beschlag verfügt; nur diesen ist also nach §. 33 Absatz 2 des

Pr.G. die richterliche Beschlagsbestätigung; nur ihnen somit auch das die Vernichtung aussprechende Erkenntniß zu eröffnen. Jedoch ist das Beschlags- und Vernichtungs-Erkenntniß, damit es, als vom zuvorkommenden Gerichte ausgegangen, auch gegen gleiche Betheiligte im ganzen Großherzogthum wirke, nach §. 17 der Vollzugs-Verordnung vom 27. Februar 1851 zugleich durch das Bezirksverkündigungsblatt und durch die 4 Kreisanzeigeblätter zur öffentlichen Kenntniß zu bringen.

Sowohl in dieser Bekanntmachung, als bei der speciellen Eröffnung an Einzelne, bei welchen der fürsorgliche, polizeiliche Beschlag vollzogen wurde, ist zugleich die gesetzliche Frist zur Beschwerdeführung an das Hofgericht, welche nach §. 40 des Pr.G. 3 Tage beträgt, zu erklären, und da der §. 40 der Beschwerdeführung nur hinsichtlich der Beschlagnahme den Suspensiveffekt versagt, dieser aber in Ermangelung einer abweichenden Bestimmung des Pr.G. hinsichtlich der Vernichtungs-Verfügung als eines definitiven Erkenntnisses nach allgemeinen Prozeßvorschriften jedenfalls eintreten muß, — so versteht sich von selbst, daß der Vollzug der Vernichtung so lange aufzuschieben ist, bis das sie aussprechende Erkenntniß durch Ablauf der Frist die Rechtskraft beschritten, oder dasselbe im Falle einer rechtzeitigen Beschwerdeführung die oberrichterliche Bestätigung erhalten hat.

II.

Was versteht §. 13 des Preßgesetzes unter „Hausiren?"

Der §. 13 des Preßgesetzes sagt: „Das Hausiren mit Druckschriften, das Anbieten, Vertheilen und Anschlagen derselben an öffentlichen Orten ist verboten." Auf den Grund dieses Paragraphen hatte das großh. Oberamt Heidelberg gegen einen Rechtsanwalt, welcher durch Schneider B. und durch den Postboten eine verhältnißmäßig große Anzahl Exemplare einer ihrem Inhalte nach nicht sträflichen Druckschrift ohne besondere polizeiliche Erlaubniß verschiedenen Einwohnern zu Heidelberg in die Häuser tragen ließ, eine Geldstrafe erkannt. Bei den Recursverhandlungen wurde geltend gemacht, daß das Gesetz unter „Husiren" nur das gewerbsmäßige Hausiren verstehe. Während Bekk in seinen Erläuterungen zum Preßgesetz und zwar zum §. 22 desselben diese Ansicht zu theilen scheint, bestätigte das großh. Hofgericht des Unterrheinkreises mit Erkenntniß vom 29. Dez. v. J. das unterrichterliche Urtheil in der Hauptsache, indem es in seinen Entscheidungsgründen sagte:

„Den gesetzlichen Begriff des unerlaubten Hausirens bloß auf den gewerbsmäßigen Verkauf zu beschränken, ist um so weniger ein Grund vorhanden, als es dem Preßgesetz offenbar ganz fern lag, einen Gegenstand der Gewerbsordnung zu regeln, der §. 13 dieses Gesetzes vielmehr lediglich ein Schutzmittel gegen den Mißbrauch der Presse gewähren sollte, indem er die dem Eingreifen der Behörde zuvorkommende ebenso schnelle, als zahlreiche Verbreitung von Druckschriften, geschähe sie nun durch Vertheilen von Haus zu Haus oder durch Anbieten, Vertheilen und Anschlagen an öffentlichen Orten möglichst zu verhindern sucht. Ist aber dieses die Absicht des Gesetzes, so muß darunter ebenso der Fall des nicht gewerbsmäßigen, wie der des gewerbsmäßigen Hausirens begriffen sein, wie denn auch das Verbot des Anbietens, Vertheilens und Anschlagens von Druckschriften an öffentlichen Orten unzweifelhaft nicht bloß auf gewerbsmäßige Verbreitungen dieser Art beschränkt ist."

Die Entscheidung des großh. Hofgerichts findet ihre Rechtfertigung überdieß im §. 22 des Preßgesetzes; es geht aus diesem Paragraphen sogar hervor, daß der §. 13 des Preßgesetzes bei dem Verbot des Hausirens mit Druckschriften ausschließlich das nicht gewerbsmäßige Hausiren im Auge hatte. Der §. 22 des Preßgesetzes spricht nämlich von der vorsätzlichen Mitwirkung des Verbreiters zur Verübung des im Inhalte der Druckschrift liegenden Verbrechens und lautet:

„Bei denjenigen, welche bei Verbreitung einer Druckschrift die Vorschrift des §. 13 übertreten oder welche auch sonst, ohne daß sie im Auftrage einer Verlags- oder Buchhandlung oder der Post handeln, eine Druckschrift an eine größere Anzahl von Personen unentgeltlich austheilen, wird die im §. 21 erwähnte vorsätzliche Mitwirkung zum Verbrechen angenommen, insofern nicht das Gegentheil aus den Umständen hervorgeht."

Das Beiwort „unentgeltlich" gibt dem im Zeitwort „austheilen" liegenden Begriffe eine besondere Beschaffenheit und läßt sich von demselben nicht trennen. Man könnte ebenso gut den durch das Beiwort dem Zeitwort gegebenen Begriff in einem Zeitwort ausdrücken, etwa durch das Wort „verschenken." Durch das Wört-

chen „sonst" wird aber der Begriff des unentgeltlichen Vertheilens auch auf die Verbreitungen des §. 13 des Preßgesetzes, mithin auf die Verbreitung mittelst Hausirens bezogen.

Der §. 22 des Preßgesetzes sagt daher mit anderen Worten, daß nicht nur diejenigen, welche, indem sie mittelst Hausirens Druckschriften unentgeltlich austheilen, die Vorschrift des §. 13 übertreten, als zum Verbrechen vorsätzlich mitwirkend angesehen werden, sondern auch diejenigen, welche auf eine andere Art, also nicht mittelst Hausirens Druckschriften an eine größere Anzahl von Personen unentgeltlich austheilen, ohne daß sie im Auftrag einer Verlagshandlung u. s. w. handeln, und stellt somit den Begriff des Hausirens im §. 13 des Preßgesetzes als das unentgeltliche Austheilen von Druckschriften durch Herumtragen von Haus zu Haus fest.

Lassen sich gegen diese Beschränkung des Begriffes in der der Bekk'schen Ansicht entgegengesetzten Richtung auch Bedenken der Zweckmäßigkeit erheben, so verschwinden dieselben doch, abgesehen davon, daß sie dem bestimmten Wortlaut des Gesetzes keinen Eintrag thun können, großentheils vor der Betrachtung, daß der Hausirhandel mit Druckschriften schon durch die Gesetze vom 21. Sept. 1815, Reg.Bl. No. XVII., und vom 8. März 1821, Reg.Bl. No. VI. verboten und mit Strafe bedroht ist, und in der Regel, wo strafbare, insbesondere politische Druckschriften verbreitet werden sollen, dies nicht durch gewerbsmäßige Hausirer, sondern durch besonders aufgestellte, demselben Interesse dienende Personen und nicht gegen Geld, sondern unentgeltlich geschieht.

v. Hillern.

III.

Findet das Gesetz vom 1. April 1848 (Reg.-Bl. No. XXI.) auch dann Anwendung, wenn in einer Gemeinde durch eine zusammengerottete Menge mit offener Gewalt Beschädigungen des Eigenthums bei oder gelegentlich einer Kriegsoperation zugefügt worden sind?

Das mittelrheinische Hofgericht hat am 8. November v. J. diese Frage in dem Rechtsstreite des Richard Janillon gegen die Gesammtheit der bürgerlichen und staatsbürgerlichen Einwohner der Stadt Mannheim verneint.

Nach dem Inhalte der Klage war im Monat Juni des Jahres 1849 ein Theil des rechten Rheinufers bei Mannheim, unter Anderem auch die Gartenwirthschaft zur Rheinlust von den Aufständischen besetzt, und waren dort Kanonen von ihnen aufgepflanzt worden, um durch die Beschießung des gegenüber liegenden Ludwigshafen die preußischen Truppen, welche sich dort festgesetzt hatten, zu vertreiben. Die Besetzung der Rheinlust währte mehrere Tage bis zum Einzuge der königl. preußischen Truppen in Mannheim. Der wegen seiner conservativen Gesinnung den Aufständischen verdächtigte Eigenthümer der Rheinlust mußte fliehen. Den von ihm zurückgelassenen Dienstleuten war es nicht möglich, sein Eigenthum zu beschützen. Es drangen Haufen roher Bursche, bewaffneter Pöbel in die Rheinlust ein, und fügten dort mit offener Gewalt, theils durch Zerstörung, theils durch Entwendung, dem Eigenthümer einen sehr bedeutenden Schaden zu. Dieser begehrte nun auf den Grund des Gesetzes vom 1. April 1848, die Entschädigungspflicht der Gemeindeangehörigen wegen der in den Gemeinden bei Zusammenrottungen verübten Verbrechen betr., Reg.Bl. XXI., zuerst auf friedlichem Wege, und als dies nicht zum Ziele führte, auf dem Wege des Prozesses Entschädigung. Der Unterrichter wies nach erhobener Vernehmlassung, welche den Klagevortrag in Abrede stellte, die Klage ab, weil nach seiner Ansicht die Personen, für welche nach den Art. 1—4 des Gesetzes die Gemeindeangehörigen in den einzelnen Fällen haften, des ausgeübten Fragerechts ungeachtet, nicht mit der nöthigen, den gedachten Artikeln des Gesetzes entsprechenden, bestimmten Specialität bezeichnet werden konnten. Das mittelrheinische Hofgericht erließ ebenfalls kein Beweiserkenntniß, weil nach seiner Auffassung der Klage der hier vorliegende Fall sich wesentlich von jenen*) unterscheidet, für welche das Gesetz vom 1. April 1848 gegeben worden ist. Die Begründung dieses Erkenntnisses lautet:

„Das Gesetz vom 1. April 1848 verpflichtet in §. 1 die Gesammtheit der Bürger und staatsbürgerlichen Ein-

---

*) Siehe dagegen Annalen XIX. S. 21; Ganter gegen Grözinger. Vergl. auch den nach der Ansicht des mittelrheinischen und des höchsten Gerichtshofes unter das Gesetz fallenden Vorgang in Carlsruhe am 13. Mai 1849 in Annalen XVIII. S. 217 ff.

wohner einer Gemeinde für den Schaden zu haften, welcher „in ihr durch eine größere, zusammengerottete „Menge oder durch eine bewaffnete oder unbewaffnete „Vereinigung Mehrerer mit offener Gewalt, Personen „oder deren Eigenthum" zugefügt worden ist.

Auf den Grund dieser gesetzlichen Bestimmung verlangt der Kläger, der Eigenthümer der „Rheinlust" in Mannheim von den Bürgern und staatsbürgerlichen Einwohnern dieser Stadt Ersatz für den Schaden, welcher während der Tage vom 15. bis 19. Juni 1849 seinem Eigenthume an den Gebäuden und Fahrnissen des gedachten Wirthschaftslokales zugefügt worden ist, indem er ausdrücklich sowohl in der Klage, als in der auf Veranlassung des Unterrichters gegebenen Vervollständigung erklärt, daß ihm dieser Schaden durch „eine zusammengerottete Menge, durch eine bewaffnete Vereinigung Mehrerer mit offener Gewalt" zugefügt worden sei.

Gleichwohl ist diese Klage nicht begründet.

Denn aus der Klage geht mit aller Bestimmtheit hervor, daß die Beschädigungen in der Rheinlust nicht der Hauptzweck der Thätigkeit des „Haufens mit Büchsen bewaffneter Menschen, welcher die Rheinlust gewaltsam in Besitz nahm," jenes „bewaffneten Pöbels und Volkshaufens," jener „rohen Menschen," welche dort eindrangen, sondern daß ihr Hauptzweck die Besitznahme der Rheinlust, als eines „strategischen Punktes" war, von wo aus die Kriegsoperationen gegen die in Ludwigshafen stehenden preußischen Soldaten vorgenommen wurden. Wenn nun bei oder gelegentlich dieser Kriegsoperation dem Eigenthume des Klägers die Beschädigungen zugefügt worden sind, deren Ersatz er jetzt verlangt, so stellt sich diese Beschädigung, — von welcher nicht, wie dies im Widerspruch mit dem eigenen Klagvortrage geschah, behauptet werden kann, daß sie „eine ganz für sich bestehende boshafte Beschädigung" sei — ihrem Wesen nach als eine durchaus verschiedene von jenen Beschädigungen dar, für welche das Gesetz vom 1. April 1848 Ersatz zusichert.

Aus dem Commissionsberichte und aus den Berathungen der 2. Kammer über den Entwurf dieses Gesetzes geht mit Bestimmtheit hervor, daß diesem Gesetze zweierlei, jedoch nicht verschiedene, sondern innig mit einander verflochtene Motive zu Grunde liegen.

Man wollte durch dieses Gesetz dahin wirken, einmal daß der Gemeinsinn erstarke, daß jeder Einwohner einer Gemeinde dafür sorge, daß alle Einwohner derselben den gesetzlichen Sinn für Ordnung und für die Heilighaltung, die Unverletzlichkeit der Person und des Eigenthums bewahren, und durch Wort und That zur Aufrechthaltung derselben nach Kräften beitragen, — sodann anderer Seits wollte man selbst dann, wenn die thätige Hülfe der Mitbewohner unzureichend, ja in einzelnen Fällen unmöglich wäre, eine Art Assekuranz, eine Gesammtbürgschaft für solchen auf verbrecherische Weise hervorgerufenen Schaden begründen.

Aus allen Reden der Kammermitglieder, welche über dieses Gesetz sprachen, gleichwie aus dem Wortlaute des Gesetzes, besonders wenn man die verschiedenen Bestimmungen desselben in Art. 1, 2, 3, 4 und 9 zusammenhält, geht aber mit aller Bestimmtheit hervor, daß dieses nur solche Beschädigungen im Auge hat, gegen welche die Einwohnerschaft die Bedrohten zu beschützen, von welchen die Mitwohner der Thäter dieselben abzuhalten die Verpflichtung auf sich haben, gleichviel ob ihnen die Erfüllung dieser Obliegenheit im e i n z e l n e n Falle möglich war oder nicht.

Wesentlich hievon verschieden sind aber Beschädigungen, welche durch eine oder gelegentlich einer K r i e g s operation zugefügt wurden.

Hier ist es nicht Verpflichtung der Einwohnerschaft, den Uebergriffen der kriegführenden Theile entgegenzutreten — abgesehen davon, daß ihnen dieses in den wenigsten Fällen gelingen würde; es ist somit auch nicht ihre Verpflichtung, den Schaden hiefür zu vergüten.

Darauf aber kann nichts ankommen, ob jene Personen, welche sich bei den kriegerischen Vorfällen betheiligen, eigentliche Kriegsleute, dem Heere einer geordneten Kriegsmacht einverleibte Soldaten sind, oder ob Bürger des Ortes, oder an dem Orte, wo die Beschädigung Statt hatte, sich vorübergehend aufhaltende Fremde es sind, welche sich den kriegführenden Personen zum Zwecke einer militärischen Operation angeschlossen hatten. Diese Operation verliert dadurch nicht den Charakter einer Kriegsoperation, der durch sie oder gelegentlich ihrer zugefügte Schaden hört dadurch nicht auf, ein Kriegsschaden zu sein.

Das Gesetz vom 1. April 1848 ist ein Ausnahmsgesetz. Denn es verpflichtet auch Solche zum Ersatze eines Schadens, welche ihn weder zugefügt, noch verschuldet haben, während nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen, welche unser Landrecht in verschiedenen Bestimmungen in sich aufgenommen hat, z. B. in den Sätzen 1382, 1383, 1147,

1148, 1792. 1386 u. s. w., nur dann Jemand einen Schaden vergüten muß, wenn er ihn unmittelbar selbst zugefügt oder doch wenigstens verschuldet und dadurch veranlaßt hat. Ein solches Gesetz darf nicht ausdehnend ausgelegt, es muß auf jene Fälle beschränkt werden, wofür es gegeben ist.

Zu diesen Fällen gehört nach der obigen Ausführung der hier in Frage liegende Vorgang nicht.

IV.

Hat eine Gantmasse Ansprüche auf ein Fahrnißstück ihres Schuldners oder den Erlös daraus, wenn dasselbe schon vor dem Gantausbruch zu Gunsten eines einzelnen Gläubigers gepfändet und versteigert, der Steigschilling aber nicht sofort nach dem Zuschlag bezahlt und der Gerichtsvollzieher nach §. 968 P.O. zur Wiederversteigerung angewiesen war, welche nur deßhalb unterblieb, weil mittlerweile die Gant gegen den Schuldner erkannt worden ist?

Münch gegen Geiger'sche Gantmasse.

Der Gläubiger erwirkte die Fahrnißpfändung gegen den Schuldner, der Gerichtsvollzieher nahm am 1. Oktober 1852 die Versteigerung vor und ertheilte den Zuschlag. Der Steigerer zahlte aber nicht sofort den Erlös aus, weßhalb der Gläubiger im März 1853 nach §. 968 P.O. auf Wiederversteigerung des Pfandobjekts antrug, wozu der Gerichtsvollzieher noch im nämlichen Monat angewiesen wurde. Bevor er jedoch zu dieser zweiten Versteigerung schreiten konnte, wurde am 7. April 1853 die Gant gegen den Schuldner erkannt. Die Gantmasse sprach nun das Pfandobjekt oder den Erlös dafür aus der ersten Versteigerung an, wogegen der specielle Gläubiger, auf dessen Betreiben dieselbe stattgefunden hatte, Einsprache erhob, welche durch hofgerichtliches Erkenntniß vom 29. Dezember v. J. als unbegründet verworfen ward, weil der Steigerlös noch nicht bezahlt, die Zeit der Einsprache von Seiten der Gantmasse daher nach §. 1040 P.O. noch nicht umlaufen gewesen, mithin nach §. 1043 P.O. der Erlös der Gantmasse zu ziehen sei.

Gegen dieses Erkenntniß wird wohl folgendes Bedenken gerechtfertigt erscheinen:

Durch den Zuschlag eines Pfandobjekts wird ohne Zweifel der Steigerer der Eigenthümer desselben, wenn auch nach §. 967 P.O. die Uebergabe nur gegen baare Bezahlung erfolgen soll. L.R.S. 711. 1583. Leistet er nun nicht sofort Zahlung und es wird eine zweite Versteigerung nothwendig, so wird diese eigentlich gegen ihn und nicht mehr gegen den ursprünglichen Schuldner vollzogen. Deßhalb verfügt auch der §. 968 P.O., daß er für den Mindererlös zu haften hat, und diese Haftbarkeit äußert sicherlich ihre Wirkungen dem betreibenden Gläubiger gegenüber, dem er wegen Nichterfüllung seiner Verbindlichkeit bis zum Betrage seines eingelegten Gebots entschädigungspflichtig bleibt, während auf den Mehrbietenden bei dem zweiten Ausbieten das Eigenthum an dem Pfandstück durch den Zuschlag übergeht. Dieser Ansicht steht auch nicht entgegen, daß der erste Steigerer keinen Anspruch auf den Mehrerlös aus der zweiten Versteigerung habe, denn nach §. 969 P.O. hat der Gerichtsvollzieher bei dieser ebenfalls nur soweit aufwärts zu gehen, bis eine hinreichende Summe zur Befriedigung des betreibenden Gläubigers und der Kosten erzielt ist, und das Gesetz unterstellt, daß auch ein weiterer Erlös wohl nie zu erzielen sein wird, so daß von einem Ueberschuß, welcher etwa an den Erwerber durch den ersten Zuschlag auszufolgen wäre, nicht die Rede sein kann.

Schließt aber der Zuschlag den Uebergang des Eigenthumsrechts auf den Bieter in sich, so kann der ursprüngliche Schuldner, der sich zwischen der ersten vollzogenen und der zweiten angeordneten Versteigerung in Gant erklärt, nicht mehr der Eigenthümer des bereits versteigerten Pfandobjekts sein und seine Gantmasse kann deßhalb auch weder dieses noch den Erlös daraus beanspruchen. Deßhalb verfügt auch der §. 1043 P.O., daß eine später erkannte Gant den Rechten der Gläubiger, welche sie durch die Vollstreckung erlangt haben, unnachtheilig sei. Man wird nun nicht bestreiten können, daß ein Gläubiger, welcher die Pfändung und die Versteigerung einschließlich des Zuschlags erwirkte, doch jedenfalls ein Recht darauf erworben hat, daß ihm der vom Steigerer zu zahlende Erlös ausgefolgt werde, und dieses Recht kann ihm nicht durch die Zahlungszögerung des Steigerers und spätere Insolvenzerklärung des Schuldners wieder verloren gehen, ausgenommen wenn nach

§. 1039, No. 1 P.O. dritte Gläubiger gestützt auf Eigenthums- oder andere dingliche Rechte eine vorzugsweise oder concurrirende Befriedigung aus den Ergebnissen der Vollstreckung ansprechen können. Aus der Nothwendigkeit der Wiederversteigerung erwächst ihm an der Stelle des früheren Rechts ein neues auf Entschädigung gegen den ersten Bieter, wenn dessen Gebot nicht mehr erzielt wird, und auf den Mehrerlös durch neues Ausbieten bis zu seiner Befriedigung, wenn diese erreicht werden kann. Man würde auch sonst einen wachsamen Gläubiger, der ohne Concurrenz mit Vorzugs- und Pfandgläubigern alle gerichtlichen Schritte bis zur äußersten Grenze gethan hat, um seine Befriedigung zu erhalten, offenbar den saumseligen Gläubigern gegenüber ohne haltbaren Grund benachtheiligen. Hiermit läßt sich auch der §. 1040 P.O. ohne Bedenken vereinigen. Denn hiernach findet ein einfacher nicht aus Eigenthums- und andern dinglichen Rechten hergeleiteter Anspruch dritter Gläubiger auf die Ergebnisse der Vollstreckung dem betreibenden Gläubiger gegenüber nur statt, so lange das Vollstreckungsverfahren nicht beendigt ist und keine andern angreifbaren Vermögenstheile vorhanden sind.

Im vorliegenden Fall wurden keine dinglichen Rechte, welche auf dem versteigerten Pfandobjekt hafteten, geltend gemacht und das Vollstreckungsverfahren war, soweit das rechtliche Verhältniß zwischen dem betreibenden Gläubiger und dem Schuldner in Betracht kommt, mit dem am 1. Oktober 1852 erfolgten Zuschlag an den Steigerer beendigt und der später dem Gerichtsvollzieher ertheilte Auftrag zur Wiederversteigerung konnte nach der Absicht des Gesetzes keinen andern Zweck haben, als das Verhältniß zwischen dem Gläubiger und dem säumigen Steigerer auf eine Weise zu ordnen, welche am kürzesten zur Befriedigung des erstern zu führen geeignet ist.

Latterner, Rechtsanwalt.

V.

1. Im zweiten Rechtszuge findet die Geltendmachung von Thatsachen und Beweisen, womit die Partei in erster Instanz ausgeschlossen worden ist, nicht statt. Pr.O.G. 1172 No. 6.

2. Ein zum Pfandbuch eingetragener, wenn auch vor Gericht abgeschlossener Vergleich gibt kein richterliches Unterpfandsrecht. L.R.S. 2123. 2052.

Schimpf gegen Broß.

Im Jahr 1846 starb Franz Jos. Broß mit Hinterlassung von fünf Kindern. Der Erbtheil des Sohnes Joseph Broß betrug 2086 fl. 57 kr.; er erhielt aber aus der Erbmasse 3242 fl. 10 kr., sollte daher ein Gleichstellungsgeld von 1156 fl. 13 kr. herauszahlen. Auf dieses wurde seine Schwester Therese Broß, Ehefrau des Pius Schimpf, mit 779 fl. 57 kr. angewiesen; es wurde zugleich bedungen, daß das Gleichstellungsgeld vom 30. Sept. 1846 mit 5 pCt. verzinst, und bis zur Heimzahlung mittels Unterpfand gesichert werden solle. Pius Schimpf klagte die seiner Frau zugewiesenen 779 fl. 57 kr. nebst Zinsen zu 5 pCt. vom 30. Sept. 1846 unter dem 12. März 1847 gegen Joseph Broß ein. In der Tagfahrt vom 3. April 1847 kam ein Vergleich zu Stande, wonach Joseph Broß die eingeklagte Summe sammt Zinsen in drei Terminen, nämlich am 1. Oktober 1847, 48 und 49 heimzuzahlen versprach. Dieser Vergleich wurde in das Unterpfandsbuch der Gemeinde Zunsweier unter dem 9. April 1847 eingetragen. Joseph Broß zahlte an den versprochenen Terminen nicht, wurde vielmehr vergantet. In der Gant liquidirte Pius Schimpf, Namens seiner Ehefrau die oben erwähnten Gleichstellungsgelder sammt Zinsen, sprach dafür Unterpfandsrecht an, und legte zu dessen Begründung eine Ausfertigung des Vergleichs vom 3. April 1847, auf welcher der Eintrag ins Unterpfandsbuch beurkundet war, vor. Der Gantanwalt erkannte diese Forderung an, widersprach aber das Unterpfandsrecht, weil der Eintrag wieder gelöscht worden sei. Der Gantrichter gab hierauf dem Liquidanten auf, sein Unterpfandsrecht besser als geschehen, zu begründen, und als dieser der ihm gemachten Auflage nicht nachkam, schloß er ihn damit aus. Später, am 28. Nov. 1851, erschien Liquidant persönlich bei dem Amt und bat, ihm eine Frist von acht Tagen zu gestatten, um der richterlichen Auflage zu genügen. Der Massekurator, welcher die Stelle des Gantanwalts vertrat, hatte gegen die Bewilligung nichts zu erinnern, das Amt verfügte, Reproducatur nach acht Tagen. Im Lauf dieser acht Tage, nämlich am 6. Dezember, kam auch eine vollständige Begründung der Forderung, wie auch des Unterpfands bei Amt ein, allein der Gantrichter hatte schon den 29. Nov.

das Ganturtheil erlassen, worin Liquidant in die fünfte Klasse gesetzt wurde. Dieser ergriff die Berufung, und setzte seine Beschwerde darein, daß sein Pfandrecht nicht berücksichtigt und er in die fünfte, statt in die dritte Klasse gesetzt wurde. Allein das großh. Hofgericht bestätigte das amtliche Erkenntniß aus folgenden Gründen:

„Die von der Liquidantin Pius Schimpf Ehefrau, Therese, geb. Broß — gegen den Ordnungsbescheid in der Sonnenwirth Joseph Broß'schen Gant erhobenen Beschwerden, stellen sich als nicht begründet dar.

Bei der Liquidationstagfahrt vom 22. Juli 1850 wurde unter No 22 vom Ehemann der Liquidantin — Pius Schimpf — Namens seiner Ehefrau eine Gleichstellungs-Geldforderung aus der Verlassenschaft des Vaters des Gantmanns im Betrage von 779 fl. nebst 5 pCt. Zins vom 30. December 1846 angemeldet, und um Befriedigung im Rang vom Tag des Pfandeintrags, vom 18. Oktober 1846 gebeten. Ferner (wird beigefügt) sei auch ein Eintrag auf sämmtliche Liegenschaften unterm 9. April 1847 geschehen.

Diese Forderung wurde mit dem Bemerken anerkannt, daß der Pfandbuchseintrag wieder gestrichen worden sei, — und der Anwalt der kridarischen Ehefrau widersprach zugleich die Richtigkeit und Gültigkeit der behaupteten Pfandeinträge.

Als Beweisantretung scheint bei der Liquidations-Tagfahrt weiter nichts vorgebracht worden zu sein, als daß die unter No. 22 des Beilagenhefts ersichtliche Abschrift eines amtlichen Protokolls vom 3. April 1847 übergeben wurde, an deren Rand beigesetzt ist: Im Pfandbuch Theil X. No. 380, Seite 647, heute eingetragen. Junsweier am 9. April 1847. Ruf.

Für einen Eintrag vom 18. Oktober 1846 liegt nichts vor.

Der Unterrichter hat die Beweise für das angesprochene Pfandrecht nicht genügend gefunden, und darum dem Liquidanten am 11. Oktober 1851 aufgegeben, den Beweis des beanspruchten Unterpfandsrechts binnen 14 Tagen bei Vermeidung des Ausschlusses anzutreten. Die Ausfertigung wurde dem Liquidanten am 18. Okt. 1851 zugestellt, statt aber der Auflage nachzukommen, ließ er sich mit seinen Beweisen ausschließen, welcher Beschluß ihm, ohne daß er vor der Zustellung noch das Versäumte nachgebracht hätte, am 17. November 1851, also lange nach Ablauf der 14 Tage zugestellt wurde. Erst am 28. November 1851 hat er noch um weiter 8 Tage Frist zur näheren Begründung seines Pfandrechts, und wenn auch der Massekurator — ein Gantanwalt war nicht aufgestellt — gegen die Bewilligung nichts zu erinnern hatte, so hat doch der Unterrichter eine Fristbewilligung nicht nur nicht ertheilt, sondern am 29. November das Ganturtheil erlassen und die liquidirte Forderung in die V. Ordnung gesetzt. Erst am 6. Dezember 1851 kam eine nachträgliche Beweisantretung ein, aber ohne die Erfordernisse des §. 615 der Pr.O., und da der Unterrichter keine Rücksicht darauf nahm, so ist in der Appellationsbeschwerdeschrift dagegen Beschwerde erhoben und auf diese Beweisantretung wieder Bezug genommen worden.

Diese Beschwerde ist jedoch verwerflich und die Bezugnahme unstatthaft, denn mit der Zustellung der Auflage vom 11. Oktober 1851 lief dem Liquidanten die letzte Frist, und nachdem er diese versäumt hatte, und ausgeschlossen war, so konnte weder von einer weiteren Fristbewilligung noch von einem nachträglichen Vorbringen des Versäumten ohne eine Wiederherstellung nach §. 615 der Pr.O. mehr die Rede sein; — §. 828 der Pr.O. und da in zweiter Instanz keine neuen Thatsachen und Beweise mehr zugelassen werden dürfen, womit eine Partei in der ersten Instanz ausgeschlossen worden ist, — §. 1172 der Pr.O., so findet auch hier ihre Berücksichtigung nicht mehr Statt.

Es erübrigt somit nur noch die Frage, ob denn durch die Beilage 22 zum Liquidationsprotokoll nicht ein allgemeines Unterpfandsrecht für die liquidirte Forderung vom 9. April 1847 an nachgewiesen ist?

Das Protokoll vom 3. April 1847 enthält einen Vergleich, welchen Pius Schimpf Namens seiner Ehefrau mit Joseph Broß damals abgeschlossen hat; vom Richter ist aber weder in Form eines Urtheils, noch eines unbedingten Befehls die im Vergleich übernommene Verpflichtung des Joseph Broß (Kridars) zum Gegenstand einer richterlichen Auflage gemacht worden. Es fehlt also an jedem Urtheile und eben so wenig ist von Anerkennung einer Urkunde die Rede.

Der L.R.S. 2123 findet hier also keine Anwendung, und wenn nach L.R.S. 2052 Vergleiche auch unter den Parteien die Kraft eines im letzten Rechtszuge ergangenen Endurtheils haben, so ist dies ähnlich dem L.R.S. 1134 zu verstehen, wo gesagt ist, daß rechtmäßig geschlossene Verträge gleich Gesetzen unter denjenigen gelten, die sie geschlossen haben. In dem einen, wie in dem andern Falle hat immerhin der Richter, wenn es zum Streite

kommt, noch auszusprechen, daß dort der Vergleich und hier der Vertrag gelte, und erst wenn dies geschehen, kann auch Dritten gegenüber, die im richterlichen Ausspruch liegende Wirksamkeit des Vergleichs oder Vertrags als bestehend angesehen und ein allgemein und öffentlich begründetes Unterpfandsrecht durch Eintrag gewahrt werden. Der bloße Eintrag eines Vergleichs gibt dieses also nicht. Die Locirung vorwürfiger Forderung nicht in die III., sondern nur in die V. Ordnung erscheint, da sie sonst anerkannt ist, sonach gerechtfertigt."

In der dritten Instanz wurde geltend gemacht, daß da ein aus der Erbschaft des gemeinschaftlichen Vaters herrührendes Gleichstellungsgeld liquidirt worden sei, diesem nach A. 2103 No. 3 ein gesetzliches Vorzugsrecht auf die Liegenschaften der Erbmasse zukomme, in so fern der Eintrag innerhalb sechszig Tagen erfolgt, A. 2109; geschieht der Eintrag später, so geht zwar das Vorzugsrecht verloren, aber ein vom Tag des spätern Eintrags wirksames Unterpfandsrecht bleibt demselben nach A. 2113 vorbehalten. Da nun der Vergleich vom 3. April 1847 eingetragen wurde, so stehe der liquidantischen Forderung mindestens Unterpfandsrecht vom Tag dieses Eintrags zu.*)

Das großh. Oberhofgericht bestätigte jedoch das hofgerichtliche Erkenntniß unter Adoptirung seiner Entscheidungsgründe.

Dr. Ladenburg.

VI.

Zu L.R.S. 1585. Verkauf von Mehl nach Maltern.

An einigen Orten des Landes wird im Verkehr ein gewisses Gewicht für das Malter Mehl angenommen und zwar an den verschiedenen Orten ein verschiedenes, z. B. in Carlsruhe 180 Pfd. in Zimmern, Amts Adelsheim, 120 Pfd.

Wenn Getreide nach Maltern an solchen Orten ohne Angabe des Gewichts verkauft wird, so muß nach der in unserm Lande geltenden Maasordnung das Malter zu 10 Sester oder 100 Meßlein zugemessen werden.

Wenn der Verkäufer ein gewisses Gewicht des Malters im Auge hat, so muß er es sich bedingen.

L.R.S. 1602.

„Veteribus placet pactionem obscuram vel ambiguam venditori et qui locavit nocere: in quorum fuit potestate legem apertius conscribere."

l. 39. D. de pactis II. 14.

Hat er dies zu seinem Nachtheil unterlassen, so kann er deßwegen nachher nicht von einem entschuldbaren Irrthum sprechen. L.R.S. 1110 a.

Wegen eines solchen wesentlichen Irrthums könnte auch auf Umstoßung eines wirklich zu Stand gekommenen Vertrags geklagt werden;

L.R.S. 1110, 1117,

während der Verkäufer hier ja geltend machen will, es habe eine Einigung über den Preis bei dem Auseinandergehen der Unterstellungen beiderseits noch gar nicht stattgefunden, der Kaufvertrag sei noch nicht perfect gewesen.

L.R.S. 1583.

Stf.

*) Dieser Wendung wird entgegen gehalten worden sein, daß nicht der Looszettel der Liquidantin, sondern der spätere Vergleich zum Pfandbuch eingetragen sei. Wäre am 9. April 1847 statt des Vergleichs der Looszettel inscribirt worden, so hätte das gesetzliche Vorzugsrecht von diesem Tag an für gewahrt gelten können.

Wahrscheinlich stand der Geltendmachung dieses Vorzugsrecht auch noch der §. 1196 der Pr.O. im Wege, weil der oberappellantische Theil in den vordern Instanzen etwas ganz anderes, nämlich ein richterliches Unterpfandsrecht, geltend gemacht hatte.

D. R.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXI. No. 11. Mannheim, 11. März 1854.

I.

Die Singularsuccession in Obligationen.

Im Jahr 1853 ist in Ferd. Dümmlers Buchhandlung in Berlin eine Schrift von „Berthold Delbrük, Kreisrichter in Bergen auf Rügen" unter dem Titel erschienen:

„Die Uebernahme fremder Schulden nach gemeinem und preußischem Rechte."

Ueber diese Schrift hat Windscheid im ersten Bande der kritischen Ueberschau der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, herausgegeben von Arndts, Bluntschli und Pözl S. 27 ff. berichtet, wo er, wenn gleich nicht mit allen Ansichten des Verfassers einverstanden, doch mit ihm zu demselben Resultat kommt, daß nämlich eine Singularsuccession in Forderungen und Schulden zuläßig sei — im Widerspruch gegen die aus dem römischen Recht von Lehrern des gemeinen Rechts abgeleitete Ansicht, daß der Cessionar nur Vertreter des Gläubigers und der Schuldübernehmer nur Vertreter des Schuldners als procurator in rem suam sei, daß aber das Forderungs- und Schuldverhältniß unlösbar an der Person des ursprünglichen Gläubigers, beziehungsweise Schuldners hafte.

Auf Delbrük's Schrift hat unser oberster Gerichtshof bei seinen neuesten Entscheidungen bereits Rücksicht genommen, Jahrb. n. F. 13. Jahrgang XXVI. S. 228 ff.

In Deutschland sind von früh an die Forderungen wie andere Vermögensbestandtheile als Verkehrsgegenstände angesehen worden.

Auf diesen Standpunkt hat sich seiner Zeit auch der Code Napoléon in der Lehre von der Zahlung, Cession und von der Rechtswandlung gestellt.

Vermögens-Bestandtheile existiren nur in concreter Gestalt, entweder als Rechte an einer Sache oder als Rechtsverhältnisse zwischen Personen, dem forderungsberechtigten Gläubiger auf der einen und dem zur Zahlung verpflichteten Schuldner auf der andern Seite.

Sowohl in der Person des Gläubigers, als in der Person des Schuldners kann ein Wechsel oder doch eine Aenderung vorgehen, durch Cession und durch Schuldübernahme oder durch Rechtswandlung.

§. 1.

Cession ist Uebertragung einer Forderung in das Activ-Vermögen eines Dritten.

Der Zweck der Cession ist der, daß der Cessionar das Forderungsrecht des Cedenten erwerbe, Gläubiger statt seiner werde.

Bei der Cession geht also der Zweck der Parteien überhaupt auf den Uebergang des Forderungsrechts, und zwar will derjenige, welcher ein Forderungsrecht erwirbt, sogleich alles Recht erwerben, das der Gläubiger gehabt hat, und der Gläubiger will ihm sogleich alles Recht übertragen.

Jeder, zu dessen Activ-Vermögen eine Forderung ursprünglich oder zufolge einer Uebertragung durch den Gläubiger gehört, ist also berechtigt, die dem ursprünglichen Forderungstitel entsprechende Klage kraft eigenen Rechts anzustellen.

Dadurch, daß ihm ein neuer Gläubiger gegeben worden ist, wird der Schuldner gegenüber dem ursprünglichen, beziehungsweise früheren Gläubiger frei.

Dem Schuldner kann ein neuer Gläubiger ohne seinen Willen gegeben werden, (denn ein Gläubiger fordert wie der andere).

L.R.S. 1260. Ziff. 1. 1689. 1690.

Zu einer Cession ist also nur das Zusammenwirken, beziehungsweise die Zustimmung des alten und des neuen Gläubigers erforderlich.

Damit aber der Schuldner verpflichtet werde, die Rechte des neuen Gläubigers anzuerkennen, nicht mehr

an den früheren, sondern an den neuen Gläubiger zu zahlen, muß ihm von der Uebertragung des Forderungsrechts Kenntniß gegeben werden.

L.R.S. 1239. 1690. 1691.

Der Schuldner, welcher nach geschehener, ihm aber noch nicht bekannt gemachter Cession den Cedenten zahlt, ist befreit, nicht deswegen, weil er den Gläubiger bezahlt hat, sondern trotz dem, daß er den Nichtgläubiger bezahlt hat, weil er glauben durfte, er sei befugt, demselben zu zahlen.

L.R.S. 1690. 1691. vgl. 1240.

Mit dem Forderungsrecht gehen auch die Zugehörenden desselben, Bürgschaft, Vorzugs- und Unterpfandsrecht, auf den neuen Erwerber über.

L.R.S. 1692.

Durch den Wechsel in der Person des Gläubigers mittelst Uebertragung seines Forderungsrechts auf einen Dritten, wird keine Rechtswandlung bewirkt; die Absicht der Contrahenten geht nicht auf Aufhebung der alten Verbindlichkeit, sie wollen vielmehr, daß sie mit allen damit verbundenen Rechten bestehen bleibe, daß das ihr entsprechende Forderungs-Verhältniß unverändert auf den Cessionar übergehe.

Wenn aber in der Absicht, die frühere Verbindlichkeit aufzuheben, der bisherige Gläubiger den Schuldner bestimmt, einen neuen Gläubiger anzunehmen, diesem gegenüber eine neue Verbindlichkeit einzugehen und dagegen auf sein bisheriges Forderungsrecht verzichtet, dann liegt eine Rechtswandlung vor.

L.R.S. 1271. Ziff. 3.

Zachariä, frz. Civ.R., §. 323 vor Note 6 und vor und in Note 12.

Zu einer solchen Novation ist also das Zusammenwirken und die Zustimmung des alten, des neuen Gläubigers und des Schuldners wesentlich erforderlich.

Von der Cession verschieden ist die Anweisung einer Person durch den Gläubiger, für ihn eine Zahlung zu empfangen.

L.R.S. 1239. 1277. Abs. 2.

Denn nach L.R.S. 2010 a sind Anweisungen Aufträge für den Anweisungsempfänger (der nicht nothwendig Gläubiger des Anweisers sein muß) und den Anweisungszähler (der nicht gerade Schuldner des Anweisers sein muß) Sachen oder Summen im Namen des Anweisers zu erheben, beziehungsweise zu geben.

Nach L.R.S. 2010 b und d ist auch die Anweisung, welche der Schuldner seinem Gläubiger ertheilt, bei einem Dritten, dem Anweisungszähler, eine Zahlung zu erheben und diese zur Tilgung einer Forderung, die ihm gegen den Anweisenden zusteht, für sich zu behalten — nur ein Auftrag.

Das Verhältniß des Gläubigers ist hier das eines procurator in rem suam.

Procurator in rem suam ist nämlich der Bevollmächtigte, Vertreter eines Andern, der nur behalten soll, was er in dieser Eigenschaft erlangt.

Windscheid, die Singularsuccession in Obligationen. Kritische Ueberschau der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft I. Band S. 42, Note 5.

Diese Anweisung verwandelt sich jedoch zum Nachtheil des Empfängers und zum Vortheil des Anweisers, dann in Cession, wenn Jener über die Forderung seines Schuldners, mit welcher er sich aus dessen Auftrag bezahlt machen soll, wie über sein Eigenthum verfügt, welches Eigenthum das Fortbestehen des Eigenthums seines Schuldners ausschließt und nur dadurch erworben worden sein kann, daß er — das dem Anweiser obliegende Risiko der Beibringlichkeit des Ausstandes diesem abnehmend — sich mit dem zu erhebenden Ausstande schon vor der Beitreibung desselben zu seiner Befriedigung

L.R.S. 2010 g.

begnügt, schon die Forderung und nicht erst die Zahlung derselben als Tilgungsmittel der Verbindlichkeit seines Schuldners gelten läßt, wodurch natürlich dieser als durch Zahlung befreit erscheint.

L.R.S. 2010 g.

Brauer Erläuterungen IV. Band S. 120.

Er treibt dann die Forderung als seine eigene bei, nicht mehr als die seines Schuldners, und hierin liegt das, den Unterschied zwischen Cession und Anweisung an Zahlungsstatt kennzeichnende Merkmal.

§. 2.

Die Schuldübernahme ist ein Act, durch welchen eine Schuld in das Passivvermögen des Uebernehmers übertragen wird.

Das römische Recht hatte für die Uebernahme von Schulden nicht einmal ein der cessio actionis analoges Surrogat der Singularsuccession ausgebildet. Es entstand dort durch die Uebernahme für den Uebernehmer nur eine Verpflichtung gegen den Schuldner, ihn als procurator in rem suam zu vertreten.

Das Bedürfniß des Lebens nach einer Succession in

die Schulden ist aber dadurch bewiesen, daß Uebernahmen von Schulden täglich im Verkehr mit Grundstücken, bei Erbtheilungen und Ausgleichungen aller Art vorkommen.

Bei der Schuldübernahme geht zwar die Absicht des ursprünglichen Schuldners auf Befreiung, aber nicht auf Befreiung durch den Gläubiger (mittelst Entlassung) sondern auf Befreiung durch den Uebernehmer.

Dieser Absicht des bisherigen Schuldners entspricht die Absicht, beziehungsweise die Zusage des Uebernehmers, daß er in die Schuld desselben eintreten, sie an seiner Stelle tilgen wolle.

Mit andern Worten:

> Der Uebernehmer will die Schuld dem Schuldner dadurch abnehmen, daß er sie statt seiner tilgt, und dadurch die Befreiung des Schuldners thatsächlich bewirkt.

Wenn also bei Gutsveräußerungen der Käufer statt der baaren Zahlung des Kaufpreises oder eines Theils desselben dem Verkäufer gegenüber die Verpflichtung eingeht, einen entsprechenden Betrag von Schulden desselben auf sich zu nehmen, und an die Gläubiger abzutragen, so ist damit allein der bisherige Schuldner von seiner Verbindlichkeit gegen den Gläubiger noch nicht befreit, sondern wird es erst durch die, zufolge jener Zusage von dem Schuldner geleistete Zahlung.

Kommt der Uebernehmer seiner Verpflichtung nicht nach, so haftet er dem, für die übernommene Schuld in Anspruch genommenen Schuldner regressorisch.

Es soll also der Schuldner nicht schon durch das Rechtsgeschäft der Schuldübernahme sofort von der Verbindlichkeit befreit werden; sondern der Uebernehmer verspricht nur, ihn durch die Thatsache der Zahlung seiner Zeit zu befreien.

Ein jeder Nichtbetheiligter kann den Schuldner durch Zahlung befreien, folgeweise muß der Gläubiger von einem Dritten Zahlung für seinen Schuldner annehmen.

L.R.S. 1236.

Zum Vertrage zwischen dem Schuldner und einem Dritten, worin sich dieser gegen den Schuldner verpflichtet, statt desselben den Gläubiger zu befriedigen, bedarf es hiernach der Mitwirkung und Zustimmung des Gläubigers nicht.

Die Uebernahme ist also ein Rechtsgeschäft, welches von einem Dritten mit dem Schuldner abgeschlossen wird, nicht mit dem Gläubiger, dessen Zustimmung zu diesem Rechtsgeschäft aus dem Grunde nicht erforderlich, weil er nicht dabei betheiligt ist, ob der Schuldner selbst, oder ein Dritter für diesen — Zahlung leistet. *)

In der Regel erfolgt auch die Uebernahme ganz ohne Zuthun des Gläubigers und sein Consens erst hintenher, nachdem er z. B. durch Mittheilung einer Verweisung davon Kenntniß erhalten hat, daß an der Stelle seines früheren Schuldners ein anderer zahlen wolle.

Wenn der Verbindlichkeit des Schuldners durch den Schuldübernehmer zur rechten Zeit entsprochen wird, so kann die Schuldübernahme wirken, ohne daß eine Einwilligung des Gläubigers hinzugekommen war.

Im entgegengesetzten Falle, so wie dann, wenn die Parteien wollen, daß der Gläubiger sich statt an den Schuldner — an den Uebernehmer halte, ist die Zustimmung des Gläubigers erforderlich, der jedoch damit sein Forderungsrecht gegen den ursprünglichen Schuldner nicht aufgibt, sondern nur einen weiteren Schuldner, der es bisher nicht war, für sein Forderungsrecht sich gefallen läßt.

Der Gläubiger ist jedoch in diesen beiden Fällen nicht verbunden, seine Einwilligung zur Schuldübernahme zu geben; er kann sich, wenn er von der Schuldübernahme keinen Gebrauch machen will, einfach nach wie vor an seinen ursprünglichen Schuldner halten.

Wenn der Gläubiger die Erklärung des Uebernehmers, daß er sich von nun an als Schuldner betrachte, annimmt, so kann der Schuldner hieraus allein nicht eine Freigebung seiner Person aus der Verbindlichkeit folgern; denn wie der Gläubiger durch einen Dritten für den Schuldner befriedigt werden kann, ebenso darf er auch das Erbieten des Dritten, ihn an des Schuldners Stelle zu befriedigen, annehmen, ohne seinem Rechte an den Schuldner zu vergeben.

Will dieser von dem Gläubiger frei gegeben sein, so genügt hierzu die Schuldübernahme durch einen Dritten noch nicht, sondern es muß zu jenem Zwecke noch eine ausdrückliche, d. h. unzweideutige, Willenserklärung

---

*) Nur bei einer Verbindlichkeit, etwas zu verrichten, kann der Gläubiger verlangen, daß der Schuldner selbst erfülle, da ihm an dessen persönlicher Fähigkeit sehr viel gelegen sein kann.

L.R.S. 1237.

Hier kommt es auf die Person des Leistenden in erster Reihe an, sonst auf den Gegenstand der geliefert wird, und gegen den die Person des Liefernden zurücktritt.

des Gläubigers hinzukommen, die dessen Absicht zu erkennen gibt, den früheren Schuldner frei zu geben.

L.R.S. 1275.

Die Zustimmung des Gläubigers zur Schuldübernahme braucht nicht ausdrücklich erklärt zu werden, sie kann auch dadurch zu erkennen gegeben werden, daß er z. B. Zinsen vom Uebernehmer annimmt, oder sich sonst in Verhandlungen mit ihm einläßt, oder ihn auf Zahlung belangt.

L.R.S. 1108 a. b.

Der Gläubiger, auch wenn er zu der Schuldübernahme nicht mitgewirkt, sondern nur Kenntniß davon erhalten hat, erwirkt nämlich durch jene Uebernahme ein Klagrecht gegen den Uebernehmer, da der Schuldner nach L.R.S. 1121 in Gefolge einer Zusage, die er sich selbst bedingt, auch zum Vortheil seines Gläubigers Etwas bedingen, der Gläubiger, wenn er schon zur Schuldübernahme nicht mitgewirkt hat, doch dieses Geding sich zu eigen machen, und der Uebernehmer wie Jeder, zu dessen Passivvermögen eine Schuld gehört, vom Gläubiger mit der betreffenden Klage belangt werden kann.

Ob ein unter dem Schuldner und dem Uebernehmer obwaltendes Obligationsverhältniß, und welches etwa den Letzteren bestimmt habe, die Schuld des Ersteren zu übernehmen, dies (die bewegende Ursache) berührt den Gläubiger nicht.

Ihn berührt vielmehr, wenn er davon Gebrauch machen will, nur die (ihm gegenüber zu Tag tretende Wirkung) Thatsache der Schuldübernahme.

L.R.S. 1165. 1121.

Er tritt also in deren Folge nicht in die Rechte ein, welche sein Schuldner gegen den Uebernehmer hatte, und welche die Schuldübernahme veranlaßt haben; er ist nicht Rechtsnachfolger seines Schuldners, sondern er erwirbt für sein Forderungsrecht nur einen neuen Schuldner, der seinerseits in die Verbindlichkeit des bisherigen Schuldners, seines Gläubigers, eintritt.

Daß aber der alte Schuldner zugleich Gläubiger des Uebernehmers ist, kann dessen Gläubiger ganz unbekannt sein und bleiben, jedenfalls weder Nutzen noch Schaden bringen. Das Verhältniß unter Jenen geht nicht auf ihn über, er tritt nicht in dasselbe ein, sein Forderungstitel bleibt auch gegenüber dem Uebernehmer unverändert und wird nicht in den seines bisherigen Gläubigers gegen diesen umgewandelt. Demnach erwirkt der Gläubiger für seine vorrechtlose Forderung an den Schuldner durch den Eintritt eines Dritten in dessen Stelle, nicht das Vorzugs- oder Unterpfandsrecht, welches sein Schuldner für seine Forderung gegen den Eintretenden anzusprechen hat; nur bei einer Rechtsnachfolge in letztere Forderung fände auch der Eintritt in das damit verbundene Vorrecht statt.

L.R.S. 2112.

Ich will dies in einem Beispiel klar zu machen suchen.

A. ist dem B. 1000 fl. aus Darleihen schuldig, verkauft dem C. eine Liegenschaft um 1100 fl. und dieser verpflichtet sich, hiermit des Verkäufers A. Schuld an B. nebst Zinsen zu zahlen, was sich B. gefallen läßt und zu Nutzen macht.

B. kann nun gegen C. nur seine vorrechtlose Darleiheforderung, nicht aber die Kaufpreisforderung des A. und deren Vorzugsrecht geltend machen.

Die Schuldübernahme ist ein Vertrag über die Verpflichtung eines bisher Unverpflichteten, aber nicht über eine neue Verpflichtung. *)

Durch die Uebernahme einer Schuld geht — wie schon oben bemerkt — mit dieser selbst keine Novation vor, entsteht keine neue Schuld.

Dies wäre rechtlich geradezu unmöglich, da Uebernahme und Aufhebung einer Schuld sich direkt widersprechen und die Absicht der Vertragspersonen nur auf erstere gerichtet ist, der Uebernehmer will nicht eine neue Obligation eingehen, sondern in eine bestehende eintreten.

Es kommt den Parteien nicht in den Sinn, daß durch die Uebernahme das für die Schuld bestellte Pfandrecht aufhören oder der Zinsenlauf gehemmt werden, oder sonst eine objektive Aenderung mit der Schuld vor sich gehen solle.

Die Absicht, eine Rechtswandlung zu bewirken, näm-

---

*) Der Act den wir als Succession auffassen, wurde den Römern zur Novation. Für sie überwog die formelle Seite der Sache, da bei ihnen die scharf ausgeprägte Stipulationsform nöthig erschien. Sie sagen, eine andere obligatorische Thatsache, deßwegen eine andere Obligation.

Für uns überwiegt die materielle Seite der Sache; wir sagen: dieselbe juristische Bestimmtheit des Rechtsverhältnisses, deßwegen dieselbe Obligation.

Windscheid, die Singularsuccession in Obligationen. Kritische Ueberschau der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft erstes Heft.

sich an die Stelle des bisherigen Schuldners einen neuen anzunehmen und jenen dafür freizusprechen, muß nach

L.R.S. 1271. 2. 1273

klar sein.

Die Befreiung des Schuldners ist seiner Natur nach ein Verzicht und nach den hierüber geltenden Grundsätzen zu beurtheilen.

Die Schuldübernahme enthält also nur dann eine Rechtswandlung, delegatio, wenn der Gläubiger auf den bisherigen Schuldner verzichtet, ihn frei gibt und sich mit dem neuen an dessen Stelle eingetretenen begnügt. Ein solcher Verzicht auf den bisherigen Schuldner kann nur von dem Gläubiger ausgehen; ihm kann deßwegen nicht ohne seine Zustimmung ein neuer Schuldner gegeben werden, da nicht ein Schuldner wie der andere zahlt.

Zu einer Rechtswandlung muß also:

1) der Schuldner,
2) der Uebernehmer und
3) der Gläubiger

zusammenwirken und übereinstimmen.

Die Einwilligung des Gläubigers kann aber auch hier nachträglich ertheilt werden und es ist nicht erforderlich, daß er bei dem Vertrag zwischen dem alten und neuen Schuldner selbst unmittelbar mitwirke.

Der Verzicht auf die Verbindlichkeit des bisherigen Schuldners muß zwar ausdrücklich, d. h. unzweideutig, kann aber auch ohne Worte erklärt werden.

L.R.S. 1275.

Zachariä, fr. Civ.R. §. 323, Note 6.

Wenn der Gläubiger nur erklärt, er genehmige die Uebernahme oder er trete dem Vertrage bei, so muß aus den Umständen des besonderen Falles und aus dem Inhalte des Vertrags zwischen Schuldner und Uebernehmer entnommen werden, ob der Gläubiger die Absicht gehabt habe, den Schuldner seiner Verbindlichkeit zu entlassen, auf den Fortbestand der Verbindlichkeit seines bisherigen Schuldners zu verzichten.

Ein solcher Verzicht liegt nun offenbar darin nicht, daß der Gläubiger das gegen den Dritten erworbene Klagrecht ausübt; die Klage gegen den Uebernehmer ist kein Akt, der eine Entsagung auf das Recht gegen den ursprünglichen Schuldner enthält.

Der Gläubiger, welcher auf sein Recht gegenüber dem früheren Schuldner nicht verzichtet, bekommt in dem Uebernehmer einen Schuldner mehr, und wenn er nun von diesem Vortheil Gebrauch macht, so kann man daraus nicht einen Nachtheil, nicht einen Verzicht auf sein Recht, was er schon vor der Erwerbung jenes Vortheils hatte, folgern.

Ebensowenig entsagt der Gläubiger der Verbindlichkeit des Schuldners, wenn er Zins- oder Abschlagszahlungen vom Uebernehmer annimmt, durch deren Ausschlagen er sich möglicherweise Nachtheilen aussetzen würde, während er nach

L.R.S. 1236

doch von jedem Dritten Zahlungen für seinen Schuldner annehmen darf.

Brauer, Erläuterungen VI. Band, St. 120, S. 307 c.

Auch von der Schuldübernahme ist die Anweisung an Zahlungsstatt wesentlich verschieden.

Während bei dieser die Absicht des Uebergebers die ist, daß der Uebernehmer für ihn in das Schuldverhältniß eintrete, tritt der Angewiesene (Anweisungszähler) durch die Anweisung nicht in das Obligationsverhältniß des Anweisers gegen den Anweisungsempfänger als Mitschuldner ein, sondern er bleibt diesem Verhältniß völlig fremd, er erhält nur den Auftrag, das was er aus irgend einem Titel dem Anweiser schuldet, dem Anweisungsempfänger zu zahlen.

Dieser kann also den Zähler nicht mit der aus seiner Forderung entspringenden Klage z. B. der actio mutui belangen.

Bei einer solchen Anweisung ist nur das Zusammenwirken des Anweisungsempfängers und des Anweisers, nicht aber auch die Mitwirkung des Anweisungszählers erforderlich, dieser — der Schuldner — spielt eine durchaus passive Rolle; er muß an den zahlen, den ihm sein Gläubiger anweist,

L.R.S. 1239

während bei der Schuldübernahme die Rolle des Gläubigers eine passive ist, da er die Zahlung auch von dem Dritten annehmen muß.

L.R.S. 1236.

Stf.

II.

Rechtskraft (L.R.S. 1351).

Walz gegen Sartori.

Der in der väterlichen Theilung übergangene Joseph Walz klagte auf den Grund der im Ehevertrag von 1797 festgesetzten Einkindschaft gegen die drei Stiefgeschwister auf Zuerkennung des Pflichtheils, dieser wurde ihm durch rechtskräftig gewordenes hofgerichtliches Urtheil vom 22. Dezember 1851 zugesprochen, und demgemäß eine neue Theilung angeordnet. Sogleich nach Erlassung dieses Erkenntnisses und vor dem Vollzug der Theilung erhob Jos. Walz, aufmerksam gemacht durch eine Bemerkung in den Gründen zum hofgerichtlichen Urtheile, daß ihm der volle Kindestheil gebühre, der Richter ihm aber, weil er nur den Pflichttheil verlangt habe, mehr nicht zuerkennen könne — eine neue Klage, in welcher er bat, nicht nur den Pflichttheil, sondern den vollen Erbtheil, d. i. zu dem bereits Zuerkannten noch die Differenz zwischen dem Pflichttheil und dem vollen Betrag eines Kindstheils, ihm zuzuerkennen und die Vornahme der Theilung hiernach anzuordnen.

Die Beklagten schützten die Einreden der Rechtskraft und des Verzichts vor. Die Gerichte der ersten und zweiten Instanz erkannten, unter Compensation der Kosten, nach dem Begehren des Klägers, indem sie annahmen, daß über den jetzt verlangten Theil seiner Erbportion im frühern Streit nicht erkannt, ein Verzicht auf diesen Theil aber in der früheren Klage nicht enthalten sei.

Auf die Oberappellation der Beklagten, welche in der Rechtsausführung das frühere Erkenntniß einem Vergleiche, der das ganze Erbrecht involvirt haben würde, gleichzustellen suchten, erkannte der oberste Gerichtshof (mit einfacher Majorität) am 7. Februar l. J. abändernd zu Recht: „Daß der Kläger unter Verfällung in sämmtliche Kosten aller drei Instanzen mit seiner Klage vom 13. Januar 1852 abzuweisen sei."

Gründe:

„Die Klage vom 22. Juli 1850 begehrte Richtigkeit der Vermögensübergabe von 1845 und in Folge dessen eine neue Theilung des von Jacob Bürger übergebenen und hinterlassenen Vermögens, wobei dem Kläger der Pflichttheil zugeschieden werden sollte.

Nachdem diesem Begehren durch rechtskräftiges hofgerichtliches Urtheil vom 22. Dezember 1851 willfahrt worden war, verlangte Kläger in der weiteren Klage vom 13. Januar 1852, daß ihm bei der vorzunehmenden Theilung nicht nur der Pflichttheil an der Verlassenschaft des Jacob Bürger, sondern der gleiche Antheil wie den Beklagten zugewiesen werde.

Dieser Klage steht aber die frühere und das angeführte rechtskräftige Urtheil insofern entgegen, als der Kläger sein Erbrecht bei der beantragten neuen Theilung ausdrücklich auf den Pflichttheil beschränkt, und das richterliche Urtheil dasselbe in diesem Maaße festgestellt hat.

Nach diesen Vorgängen kann Kläger das gleiche Erbrecht nicht weiter in ausgedehnterer Weise geltend machen, und damit die Grundlage der richterlich festgestellten Theilung verrücken. Der Gegenstand der zweiten Klage ist abermals die Theilung des zwischen den Parteien gemeinschaftlichen Nachlasses, und das Erbrecht des Klägers an solchem, insofern also das gleiche, wie bei der ersten Klage, ohne daß es bei dieser idealen Sache (universitas) auf die Quantität der Bestandtheile ankommen kann. (L.R.S. 1351).

Das richterliche Urtheil hat jedenfalls die Kraft eines Vergleichs. Wäre ein solcher über die angefochtene Vermögensübergabe von 1845 zwischen den Parteien beliebt worden, so könnte ein solcher Theilungsvergleich von dem Kläger nicht weiter angefochten werden, selbst wenn sich derselbe über die im Streit befangenen Rechte geirrt haben sollte. (L.R.S. 888. 2052.)

Aus diesen Gründen rc. rc.

Von der Minorität wurden für die Bestätigung der vorderinstanzlichen Erkenntnisse folgende Gründe geltend gemacht:

Das Erbrecht des Klägers an seinen Stiefvater Jak. Bürger ist auf den Grund der Einkindschaft schon in dem Urtheil vom 22. Dezember 1851 festgestellt, so daß es sich hier nur um die aus jenem Rechtsstreit abgeleiteten Einreden handeln kann.

Jenes frühere Urtheil hat dem Kläger den Pflichttheil am Vermögen seines Stiefvaters zuerkannt und konnte ihm nur diesen zuerkennen, weil das Klagbegehren darauf beschränkt war. In der jetzigen Klage wird zu dem in jenem Urtheil Zuerkannten noch das zur Completirung des vollen Kindestheils (¼) Erforderliche verlangt. Ueber diesen Theil des klägerschen Erbtheils ist aber im früheren Urtheil nicht entschieden und konnte nicht darüber entschieden werden, weil derselbe nicht Gegenstand

der früheren Klage war. Die Einrede der Rechtskraft steht daher der vorwürfigen Klage um so weniger entgegen, als eine vollzogene Erbtheilung, gegen welche die neue Klage gerichtet wäre, nicht vorliegt. L.R.S. 1351.

Vgl. L. 20. D. (44. 2.)
L. 1. Cod. (2. 1.)
v. Savigny, System des röm. R. Bd. VI., S. 299, Note g.
Seuffert, Archiv der oberstr. Entsch. Bd. I., No. 282. *)
Marcadé, explic. d. C. civil, t. V. ad art. 1351 (si la seconde proposition, rapprochée de la première, ne la contredit pas et peut coexister avec elle, c'est donc que le point n'était pas decidé.)

Der neuen Klage steht auch die Rechtsähnlichkeit des Vergleichs nicht entgegen. Davon abgesehen, daß aus der Bestimmung des L.R.S. 2052, wornach der Vergleich die Wirkung eines in letzter Instanz ergangenen Urtheils hat, nicht gerade umgekehrt gefolgert werden kann, daß ein rechtskräftiges Urtheil in Allem dem Vergleiche gleich zu achten sei, so ist nach S. 2048 auch der Vergleich auf seinen Gegenstand zu beschränken und nach S. 2049 nur das als im Vergleich begriffen zu achten, was mit Klarheit als nach der Absicht der Parteien darin begriffen erkannt werden kann, welch letzteres aber in Beziehung auf den jetzt eingeklagten Theil der Erbsportion um so weniger anzunehmen ist, als derselbe nach dem Inhalte der früheren Prozeßverhandlungen gar nicht Gegenstand des Streits war (in judicium deductum), mithin auch das Urtheil sich darauf nicht erstrecken konnte.

Es kann sich daher nur noch fragen: ob nicht durch die Beschränkung der früheren Klage auf den Pflichttheil auf den Mehrbetrag des vollen Erbtheils verzichtet worden sei? Auch diese Frage ist zu verneinen, da Verzichte strenge auszulegen sind, L.R.S. 784, und nicht nur nirgends die klare bestimmte Absicht eines solchen Verzichts des Klägers ersichtlich ist, sondern vielmehr aus der früheren Verhandlung mit Sicherheit entnommen werden kann, daß der Kläger dort nur darum blos den Pflichttheil einklagte, weil sein früherer Sachwalter der irrigen Ansicht war *), daß ihm gesetzlich mehr nicht gebühre.

Die Beklagten erscheinen daher durch die Erkenntnisse der vordern Instanzen nicht beschwert.

3.

*) Entscheidung derselben Frage vom O.A.Ger. zu Wiesbaden zu Gunsten des Klägers.

D. G.

*) Es fällt allerdings auf, daß bei Anstellung der ersten Klage sowohl der Kläger als sein Anwalt sich in einem Rechtsirrthum befunden haben muß, welcher aber nach L.R.S. 1b. im Verlust wie im Gewinn schadet.

Wegen eines solchen Irrthums findet daher auch weder Widerruf noch Wiederherstellung, geschweige denn nachträgliche Verbesserung, Ergänzung oder Abänderung einer Klage statt, über welche schon rechtskräftig entschieden ist.

D. R.

III.

Zu §. 410 P.O.

Ist der Erfüllungseid ein Wahrheitseid? **)

Wenn das Gutachten der Schreibverständigen zu Gunsten des Beweisführers ausgefallen ist, so soll dieser zum Erfüllungseide gelassen werden, wenn sich der Fall in Bezug auf ihn zum Wahrheitseide eignet.

Nach §. 530 der P.O. findet der Wahrheitseid nur über eigene Handlungen des Schwörenden statt.

Wenn nun der Beweisführer eine von seinem Gegner, oder von dessen Rechtsvorfahrer oder von einer Person, für deren Handlungen sein Gegner haftet, unter-

**) Obwohl die Doctrin des französischen Rechts obige Frage bejaht, so hat doch der Cassationshof am 8. Dezember 1832 entschieden, daß die beschränkende Vorschrift des Art. 1359 auf den vom Richter aufzulegenden Eid nicht auszudehnen sei.

Lauckhard, Rechtsf. V. 153.
Gilbert zu Art. 1366—69. No. 10.

Indessen soll nach den §§. 410. 471 und 588 der Pr.O. der Erfüllungseid immer nur derjenigen Partei auferlegt werden, von welcher die Wahrheit am sichersten zu erwarten ist.

Durch blose Vermuthungs- oder Glaublichkeits-Eide, welche ohnehin unzulässig sind, wird nämlich der Zweck, dem Richter eine genügendere Ueberzeugung von der Wahrheit einer Thatsache zu verschaffen, nicht erreicht.

Der Erfüllungseid wird daher immer nur so aufzulegen sein, wie der Haupteid nach §. 530 der Pr.O., beziehungsweis nach L.R.S. 1359 zugeschoben werden darf.

D. R.

zeichnete Urkunde vorgelegt und sich auf solche berufen hat, und das Ergebniß der Schriftvergleichung für die Aechtheit ist, so kann der Beweisführer die ihm fremde Handlung des Unterzeichnens der Urkunde durch seinen Gegner u. s. w. nicht eidlich bekräftigen, sondern nur seine eigene Handlung des Sehens, daß der Gegner u. s. w. unterzeichnete.

Derjenige, dem eine Urkunde von einem andern ausgestellt wird, ist jedoch nicht immer dabei anwesend, für seine Anwesenheit spricht die Vermuthung nicht.

Der Richter darf solche also niemals unterstellen und ihn aufs Geradewohl zum Erfüllungseide zulassen. Hierdurch würde er den Beweisführer, der bei Ausstellung oder Unterzeichnung der Urkunde nicht anwesend war, in eine schlimmere Lage versetzen, als wenn er den Produkten zur eidlichen Abläugnung der Urkunde zuließe. Der Beweisführer könnte nämlich in einem solchen Falle den Erfüllungseid nicht schwören, eine Zurückschiebung findet beim Notheid nicht statt *) und so müßte nun nach dem Schlußsatz des §. 410 der P.O. die Urkunde sofort, ohne daß der Produkt sie eidlich abzuläugnen hätte, für unächt erklärt werden.

Es ist daher unumgänglich nöthig, daß der Beweisführer, der die Ausstellung oder Unterzeichnung der als ächt zu erweisenden Urkunde mit angesehen hat, dies bei der Antretung des Aechtheitsbeweises oder doch noch bevor auf den Notheid erkannt wird, zur Kenntniß des Richters bringe, damit dieser bei dem Erkenntniß auf Notheid wisse, daß sich der Fall in Bezug auf den Beweisführer zum Wahrheitseide eigne.

Stf.

IV.

Ein gerichtlich protokollirter Vergleich erhält seine bindende Kraft nur durch die Unterschrift der Parteien.

Münch gegen Geigers Gantmasse.

In dieser Sache wurde am 30. Mai 1853 vor dem Gantgericht ein Vergleich protokollirt, wornach die Klägerin auf mehrere Ansprüche, die sie gegen den Cridar vor Ausbruch der Gant gerichtlich verfolgt hatte, aufgab. Am Schlusse des Protokolls heißt es aber: die Klägerin verweigert die Unterschrift mit dem Bemerken, daß sie einen Anwalt bestellen wolle. Es wurde hierauf der Vollzug des Vergleichs vom Gantgericht angeordnet, wogegen die Klägerin sofort Einsprache erhob, die sie darauf stützte, daß der Vergleich für sie nicht bindend sei, indem sie das Protokoll nicht unterzeichnet habe. Diese Einsprache hat das Untergericht aus dem Grund verworfen, weil die Einsprachsklägerin vor der Protokollirung ihre Einwilligung in den Vergleich erklärt habe und ihre nachher erfolgte Verweigerung der Unterschrift der Beweiskraft des Protokolls als einer öffentlichen Urkunde nichts benehme.

L.R.S. 1317.

Auf eingelegte Appellation wurde jedoch die Einsprache von großh. Hofgericht für begründet erklärt, weil die Appellantin die schriftliche Genehmigung verweigert hat und nach §. 244 P.O. die Verbindlichkeit eines gerichtlichen Protokolls in der Regel von der Unterschrift der Parteien abhängt, welche Regel jedenfalls da, wo es sich um einen Verzicht oder die freiwillige Uebernahme einer Verbindlichkeit handelt, Anwendung finden muß.

L.R.S. 2048. 2049.

Latterner.

V.

Zu L.R.S. 1587.

Mehl gehört nicht unter die Sachen, die man vor dem Kauf zu kosten oder zu prüfen pflegt.

Bei dem Kauf auf Prüfung kann aber der Verkäufer vor Ablauf der in L.R.S. 1587 b. bezeichneten Frist nicht nach Belieben zurücktreten, sondern ist nur die Verbindlichkeit des Käufers von der willkürlichen Bedingung des Gutbefindens abhängig gemacht.

Brauer, Erläuterungen III. S. 485. 7.

Zachariä, fr. Civilrecht II. §. 349 vor und in Note 11 und 12.

Stf.

---

*) Siehe Bayer Vorträge über den gem. ordentl. Civilprozeß S. 539. 1.

Vergl. §. 597 Pr.O. D. E.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von E. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXI. No. 12. Mannheim, 18. März 1854.

I.

Entscheidungen

französischer Gerichtshöfe, insbesondere des Cassationshofs über einzelne Rechtsfragen aus dem Code civil und aus dem Code de commerce.

(Forts. von No. 6.)

71) Art. 970 und 1001 des C. c.

Ein eigenhändiges Testament ist auch ohne Datum gültig, wenn der Inhalt desselben und die Umstände, unter welchen dasselbe errichtet worden, ihm ein bestimmtes Datum ertheilen.

Am 28. Oktober 1849 um zwei Uhr Nachmittags starb Frau Rousca in Folge einer kurzen Krankheit. Sogleich nach dem Tode derselben entfernt sich ihr Ehemann von dem Sterbebett, begibt sich in sein Zimmer im oberen Stock und erschießt sich ungefähr eine Stunde nach dem Tode seiner Frau. Der Selbstmord wurde sogleich durch die Ortsobrigkeit constatirt und bei dieser Gelegenheit fand man auf einem Tische in dem Zimmer des Rousca einen an den Maire des Orts adressirten Brief. Dieser Brief enthielt den eigenhändigen letzten Willen des Rousca, in welchem er einer Nichte seiner Frau, Elise Emart fast sein ganzes Vermögen vermachte, jedoch ohne daß ein Datum beigefügt war; weßhalb die Intestaterben den Vollzug dieses Testaments bestritten und verlangten, daß es für nichtig erklärt werde.

Die Urkunde, welche ganz von Rousca geschrieben und von demselben unterzeichnet war, hatte folgenden Inhalt:

„An Herrn de Balloy, Maire von Marolles."

„Testament. Ich vermache meiner Schwester Rosalie Rampon die Summe von 1100 Fr. von meinem Antheil am Vermögen. Den Rest meiner Nichte Elisa Emart. Da ich nicht über das verfügen kann, was meiner Frau zugehört, so bitte ich, daß man meine ganze Bibliothek meinem Gesellschafter Jameau gebe. Das baare Geld, welches sich vorfindet, ist für die Mutter Emart. Ich ersuche Sie auch, mich mit meiner Frau beerdigen zu lassen. Meiner Bonne wollen Sie ihren ganzen Gehalt auszahlen. Ich bitte Sie, Herr v. Balloy, meinen letzten Willen vollziehen lassen zu wollen, wenn dies möglich ist. Dieses ist mein letzter Wille ohne Rückhalt und Vorbehalt.

Theodor Rousca."

In den Bestimmungen dieses Testaments, besonders in jener, in welcher Rousca verlangt, daß er mit seiner Frau beerdigt werden möge, fand das Gericht erster Instanz den Beweis, daß das Testament am 28. Oktober 1849 zwischen zwei und drei Uhr des Nachmittags, nämlich in dem Zwischenraum zwischen dem Tode der Frau Rousca und dem ihres Mannes niedergeschrieben worden sei, und verordnete dessen Vollzug unter Verwerfung der von den Erben des Rousca auf dessen Vernichtung gestellten Anträge.

Hiergegen ergriffen die gesetzlichen Erben des Rousca das Rechtsmittel der Appellation. Zur Rechtfertigung wurde bemerkt: das Testament könne ebensowohl in einem Moment geschrieben sein, in dem Rousca seine Frau in augenscheinlicher Lebensgefahr gesehen, wie sogleich nach ihrem Tode. Ersteres sei sogar wahrscheinlicher, da der Testator von dem Vermögen spreche, welches seiner Frau gehöre, was nur geschrieben sein könne, so lange dieselbe noch gelebt habe. Dafür spreche auch das der Mutter Emart gemachte Vermächtniß, welches nicht in der letzten Zeit gemacht sein könne, da sich nur 72 Cent. baares Geld vorgefunden hätten.

Müßte man aber auch mit noch so großer Wahrscheinlichkeit annehmen, daß das Testament am 28. Oktober

1849 geschrieben sei, so könne das doch zu seiner Giltigkeit nicht hinreichen. Es handle sich hier um die Anwendung des strengen positiven Rechts, von welchem allein die Befugniß, sein Vermögen auch nach seinem Tode zu übertragen, abgeleitet werden könne. Die Bestimmungen der Art. 970 und 1001 beträfen aber gesetzliche Formen und seien dabei unbedingt gebietend. Vergebens berufe man sich auch auf gerichtliche Entscheidungen, in welchen ein unsicheres Datum in eigenhändigen letzten Willen durch den Inhalt desselben ergänzt und aufgeklärt worden. Hier läge ein ganz anderer Fall vor: hier fehle es an allem Datum, und aus dem Zusammenhalten eines Testaments ohne Datum mit den Art. 970 und 1001 des C. c. könne nur dessen Nichtigkeit gefolgert werden. Endlich bezogen sich die Appellanten auf folgende Autoritäten: Merlin, Repert. v. Testament, Toullier tom. 5. No. 371, Duranton tom. 9. No. 35 und auf die Entscheidungen des Cassationshofs bei Sirey 1821. I. S. 339, 1833. I. S. 11 und 527 und 1839. I. S. 433.

Die Appellaten erwiederten hierauf: Vor der Ordonnanz von 1735 sei das Datum kein nothwendiges Erforderniß zur Gültigkeit eines eigenhändigen Testaments gewesen. Der Grund, warum dasselbe vorgeschrieben worden, sei nur der, damit man mehrere Testamente der Zeit nach unterscheiden könne, ein Grund, der hier nicht anschlage, wo nur ein Testament vorliege. Zum Beweis, daß das Testament des Rousca am 28. Oktober 1849 nach dem Tode seiner Ehefrau niedergeschrieben worden, wurde noch bemerkt, daß, wäre das Testament älter, Rousca, der sich aus Melancholie über den Tod seiner Frau, die er über Alles liebte, das Leben genommen, dieselbe nicht vollständig übergangen haben würde.

Der Generaladvocat schloß sich den Appellanten an und führte zur Rechtfertigung ihrer Anträge aus: ein Testament ohne Datum existire gar nicht, und Niemand habe das Recht, das Werk zu vollenden, welches der Testator unvollendet zurückgelassen habe. Durch Beobachtung aller gesetzlichen Vorschriften müsse der Testator beweisen, daß das Niedergeschriebene sein fester Wille sei. Weiche der Testator von jenen Vorschriften ab, so müsse seinen gesetzlichen Erben und der Staatsgesellschaft das Gesetz zur Seite stehen.

Der Appellhof von Paris bestätigte das Urtheil erster Instanz aus folgenden Gründen.

Die Angabe des Zeitpunkts, in welchem ein eigenhändiges Testament errichtet worden, ist zwar ein wesentliches Erforderniß seiner Gültigkeit, allein es ist keine besondere, ausschließliche Art, jenen Zeitpunkt auszudrücken, als allein geheiligte Förmlichkeit im Gesetz vorgeschrieben. Es genügt, daß unverwerfliche Elemente des Datums auf klare und bestimmte Weise aus den Worten des Testaments hervorgehen, et non aliunde, wie die Lehrer des alten Rechts sich ausdrücken. Ist diese zweifache Bedingung erfüllt, so hieße es nicht nur den letzten Willen des Testators, sondern die Wirklichkeit der Dinge umstoßen, wenn man ein fest bestimmtes Datum leugnen wollte, weil dasselbe nicht auf eine gewisse Art ausgedrückt oder formulirt sei.

Nun ist aber nachgewiesen, daß Frau Rousca am 28. Oktober 1849 Nachmittags 2 Uhr gestorben und daß sich Rousca am nämlichen Tag um 3 Uhr des Nachmittags entleibt hat. Und unabhängig von allen andern Umständen, welche beweisen, daß das Testament in der Stunde zwischen dem Tode der Frau Rousca und dem ihres Ehemannes geschrieben worden, und abgesehen von mehreren Bestimmungen des Testaments, welche diesen Beweis bestärken, ist namentlich darin gesagt: „Ich ersuche Herrn de Balloy mich mit meiner Frau beerdigen und meinen letzten Willen vollziehen zu lassen, wenn dies möglich ist.“ Diese an den Maire des Orts gerichtete Bitte, durch welche Rousca dessen amtliche Gewalt (als bürgerlicher Standes- und Polizeibeamter) zum Vollzug seines letzten Willens anruft, kann aber nach den gebrauchten Worten nur eine sofortige, unmittelbare doppelte Beerdigung zum Gegenstand gehabt haben und setzt somit den vor Niederschreibung des Testaments erfolgten Tod der Frau Rousca nothwendig voraus. Man kann diese Stelle nicht auf einen früheren Zeitpunkt rückwärts beziehen, ohne ihr gewaltsam und willkührlich einen andern als den in derselben liegenden vernünftigen und natürlichen Sinn beizulegen u. s. w. (Urtheil des Appellhofs von Paris vom 5. April 1851. Sirey 1851. II. S. 193.)

72) Art. 644 des C. c.

Das Recht, das Wasser eines Flusses auf eine vortheilhaftere Weise zu benutzen, läßt sich nicht durch Verjährung erwerben, wenn diese Art der Benutzung mit Anordnungen der Verwaltungsbehörden im Widerspruch steht, durch welche dieselbe unter allen Angrenzern geregelt worden ist; weil ein solcher polizeiliche, im öffentlichen Interesse erlassene Verordnungen verletzender Besitz ein fehlerhafter ist, und keine rechtliche Folgen haben kann.

Ebenso kann derjenige, dessen Eigenthum längs einem fließenden Wasser hinzieht, die ausschließliche Benutzung des Wassers nicht zum Nachtheil der Angrenzer oder Gewerbsanlagen unterhalb, durch Ersitzung erwerben; weil der Besitz an und für sich nur den Gebrauch des Wassers enthält, welchen der Art. 644 allen Uferbewohnern zugesteht, und weil die ausschließliche Benutzung gegen den (im erwähnten Artikel ausgesprochenen) ganz allgemein gesetzlichen Grundsatz verstoßen würde, daß das fließende Wasser von der Natur zum Nutzen aller Angrenzer bestimmt ist. (Urtheil des Appellhofs von Bordeaux vom 8. Juni 1850, Sirey I. S. 200.

73) Art. 1733. 1734 u. 1753 des C. c.

Dem Eigenthümer steht im Falle einer Feuersbrunst eine direkte Entschädigungsklage nicht allein gegen den Miether, sondern auch gegen dessen Aftermiether zu, wenn schon der Miether einen Theil des Gegenstands der Miethe selbst bewohnt hat.

B. Morel vermiethete ein großes Gebäude an A. Morel, welches dieser wieder zum größten Theil in einzelnen Werkstätten in Aftermiethe gab, indem er sich selbst nur eine Wohnung vorbehielt. In dem Gebäude brach eine Feuersbrunst aus, welche großen Schaden anrichtete, deren Ursache aber nicht bekannt wurde. Der Eigenthümer verlangte nun den Ersatz seines Schadens nicht blos vom Miether, sondern zugleich auch von sämmtlichen Aftermiethern, welche die Zulässigkeit einer solchen direkten Klage gegen sie bestritten.

In erster Instanz wurde jedoch zum Vortheil des klagenden Eigenthümers erkannt.

Hiergegen appellirten die Aftermiether gestützt auf die Ausführung: daß zwischen ihnen und dem Kläger gar kein Vertragsverhältniß bestanden, daß sich die Art. 1733 und 1734 nur auf das Verhältniß des Eigenthümers zu den ursprünglichen Miethern beziehe, daß der Eigenthümer nur in dem einzigen Fall des Art. 1753 auf den Aftermiether greifen dürfe, und daß ihm in allen andern Fällen nur die Klage des Aftervermiethers zustehen könne, wogegen er sich aber auch alle Einreden des Aftermiethers gegen diese gefallen lassen müsse; daß nach der Wissenschaft und nach der Praxis die gesetzliche Vermuthung durch den Umstand beseitigt wird, daß der Eigenthümer selbst oder der erste Miether einen Theil des Hauses bewohnt hat. (Vgl. Sirey 1844 II. S. 175, und Gilbert ad art. 1733 No. 10 u. ff.)

Hierauf entgegneten die Appellaten: Die erhobene Klage beruhe nicht auf dem zwischen den beiden Morel abgeschlossenen Miethvertrag, sondern auf einem stillschweigenden Vertrag in Folge der Innehabung der Räume durch den Aftermiether. Das Wort „Miether", welches in den Art. 1733 und 1734 vorkomme, sei allgemein von Miethern und von Aftermiethern zu verstehen, und der Art. 1753 beziehe sich gar nicht auf den vorliegenden Fall.

Der Appellhof von Paris bestätigte das Urtheil erster Instanz aus folgenden Gründen:

Die Art. 1733 u. 1734 unterscheiden nicht zwischen Miethern und Aftermiethern, das Gesetz macht aber den einen wie den andern beständige Vorsicht zur Pflicht, welche dem Eigenthümer von dem Augenblick, in welchem er den Gegenstand der Miethe einräumt, nicht mehr möglich ist. (Urtheil des Appellhofs von Paris vom 12. Februar 1851. Sirey 1851 II. S. 207.)

74) Art. 2146 u. 2185 des C. c.

Wenn der Gläubiger einer Erbschaft, welche unter dem Rechtsvortheil des Erbverzeichnisses angenommen wurde, nach Eröffnung dieser Erbschaft gegen die Beneficiarerben ein Urtheil erwirkt, und dasselbe in das Unterpfandsbuch eintragen läßt, so steht ihm trotzdem das Ueberbietungsrecht des Art. 2185 nicht zu.

A. Girard starb im Jahr 1847 mit Hinterlassung bedeutender Schulden. Der Vormund seiner minderjährigen Kinder trat die Erbschaft unter dem Rechtsvortheil des Erbverzeichnisses an. Unter den Chirographargläubigern befand sich A. Brosset, welcher neun Monate nach Eröffnung der Erbschaft ein Urtheil gegen die Beneficiarerben erwirkte und dasselbe in das Unterpfandsbuch eintragen ließ. Ein Theil der zur Erbschaft gehörigen Liegenschaften wurde dann versteigt, und Brosset wollte nun gegen den Steigerer das Ueberbietungsrecht des Art. 2185 des C. c. geltend machen. Dieses Ueberbietungsrecht wurde jedoch in zwei Instanzen als unzuläßig verworfen.

Gründe des Appellhofs von Bordeaux.

Das Ueberbietungsrecht des Art. 2185 des C. c. beruht auf dem Grundsatz, daß das Unterpfandrecht den Liegenschaften in jede Hand folgt, in welche dieselben

übergeben. (Art. 2114 des C. c.) Bei dem Tode des Girard war aber Brosset nur Chirographargläubiger; die Erbschaft des Girard wurde nur unter der Rechtswohlthat des Erbverzeichnisses angenommen, und das Urtheil des Brosset gegen die Beneficiarerben wurde erst neun Monate später erwirkt und im Unterpfandsbuch eingetragen. Unter diesen Umständen war Brosset aber nicht in der Lage, seine Stellung als Chirographargläubiger in die eines Hypothekargläubigers zu verwandeln. Das Urtheil des Brosset ist aber auch gegen die Beneficiarerben des Girard erwirkt worden, welchen kein Veräußerungsrecht und aus diesem Grund ein Recht der Verpfändung nicht zustand, weßhalb auch ein richterliches Unterpfand gültiger Weise gegen dieselben nicht erwirkt werden konnte. Endlich besteht zwischen den Urtheilen, welche kurz vor dem Ausbruch einer Gant in dem Zeitraum geschehen, binnen welchem die Handlungen des Gemeinschuldners gesetzlich ungültig sind und zwischen der Eintragung von Urtheilen, welche erst gegen die Beneficiarerben erwirkt worden, hinsichtlich ihrer rechtlichen Gültigkeit eine wahre Identität. (Urtheil des Appellhofs von Bordeaux. Sirey 1851. II. S. 241.)

Nach einer Anmerkung des Herausgebers ist die Bestimmung des Art. 2146, Abs. 2 des C. c. auf das Verhältniß der Gläubiger unter sich zu beschränken und darf nicht auf die Verhältnisse zwischen den Gläubigern oder einzelner Gläubiger zu dritten Personen, insbesondere nicht zu dritten Inhabern von Liegenschaften der Verlassenschaft ausgedehnt werden; weil das Gesetz nur verhindern wollte, daß bei schon angezeigter Zahlungsunfähigkeit des Schuldners ein Gläubiger sich Vorrechte vor dem andern verschaffe. (Vgl. Troplong Hypoth. No. 658 bis. Zachariä II. §. 271, Note 16. Maleville ad art. 2146.)

75) Art. 938. 939. 941 und 2265 des C. c.

Schenkungen unter Lebenden, welche nicht eingetragen wurden, begründen nicht einen gerechten Titel, kraft dessen der Geschenknehmer in gutem Glauben den Gegenstand der Schenkung durch Ersitzung von zehn oder zwanzig Jahren erwerben kann.

Gründe. Die Worte „der Betheiligte" im Art. 941 des C. c. sind ganz allgemein und umfassen alle diejenigen, welche ein Interesse haben, die Schenkung zu kennen oder zu bestreiten, und man müßte den Art. 941 des C. c. ganz willkührlicherweise beschränkend auslegen, wollte man einer nicht eingetragenen Schenkung eine Rechtswirkung gegen dritte Personen zugestehen. Die Eintragung ist eine ganz besondere Formalität für die Schenkungen unter Lebenden, welche in keiner Weise von der Gesetzgebung über die Unterpfandsrechte abhängt; man kann daher eine nicht eingetragene Schenkung nicht mit einem nicht eingetragenen Kauf vergleichen, weil der Eintrag bei belasteten Verträgen zum Erwerb des Eigenthums Dritten gegenüber nicht nothwendig ist.

Endlich kann durch eine nicht eingetragene Schenkung Dritten gegenüber das Eigenthum nicht übertragen werden, vielmehr bleibt rücksichtlich dritter Personen der Schenkgeber Eigenthümer der geschenkten Liegenschaft, zu welcher Zeit auch ihre Rechte entstanden sein mögen; weßhalb auch für die Uebertragung des Eigenthums aus einer nicht eingetragenen Schenkung keinerlei Rechtsfolgen abgeleitet werden können. (Urtheil des Appellhofs von Bordeaux vom 26. Februar 1851. Sirey 1851. II. S. 244. Vergl. eine Entscheidung des Cassationshofs im nämlichen Sinn bei Sirey 1841. I. S. 393 und ein Urtheil des Appellhofs von Agen im entgegengesetzten Sinn 1843. II. S. 177.)

76) Art. 1598. 1126. 1142 und 1607 des C. c.

Ist die Praxis eines Arztes ein Gegenstand des Rechtsverkehrs, welcher verkauft oder übertragen werden kann?

Ist die Uebereinkunft gültig, durch welche sich ein Arzt einem seiner Collegen gegenüber verbindlich macht, diesen gegen Zahlung einer bestimmten Summe seinen Patienten zu empfehlen und ihn bei denselben an seine Stelle zu bringen, soweit dies von ihm abhänge, auch die Ausübung der ärztlichen Praxis in einem gewissen Umkreis zu unterlassen?

Zwischen den beiden Aerzten Demommerot und Dumont kam ein Vertrag zu Stande, nach welchem der erstere dem letzteren gegen Zahlung von 7000 Fr. seine ärztliche Praxis in der Art übertrug, daß er sich verbindlich machte, ihn seinen Clienten zu empfehlen und ihn bei denselben an seine Stelle zu bringen. Durch den nämlichen Vertrag verpflichtete sich Demommerot zugleich, die ärztliche Praxis in einem gewissen Umkreis nicht auszuüben.

Dieser Vertrag wurde auch von Demommerot vollständig erfüllt und von Dumont eine Abschlagszahlung

an der bedungenen Summe von 7000 Fr. geleistet. Nach Ablauf eines Jahres weigerte aber Dumont die Zahlung des Restes, weil der Vertrag nichtig, indem die Praxis eines Arztes eine dem Rechtsverkehr entzogene Sache und folglich nicht den Gegenstand eines Vertrags habe bilden können. Dies wurde auch in erster Instanz als richtig anerkannt, weil die ärztliche Praxis lediglich auf dem Vertrauen beruhe, welches den Familien die Kenntnisse und die Erfahrung des Arztes einflöße und weil es nicht von seinem Willen abhängen könne, seine Praxis auf einen Andern zu übertragen. Dagegen wurde von dem Gericht erster Instanz der weitere Theil des Vertrags aufrecht erhalten, weil demselben kein Gesetz entgegenstehe, dadurch vielmehr nur die Verbindlichkeit, etwas nicht zu thun, übernommen worden, was nach Art. 1126 des C. c. erlaubt sei.

Gegen den ersten Theil dieser Entscheidung ergriffen die Erben des Demommerot die Appellation, worauf der Appellhof zu Paris auch in diesem Punkt zu seinem Vortheil erkannte.

Gründe. Nach der Absicht der Vertragspersonen leistete Demommerot dem Dumont nur das Versprechen, ihn bei seinen alten Clienten zu empfehlen und ihn bei denselben zu substituiren, soweit dieses von seinem Willen abhängen würde. Dieses Versprechen hat aber ebenso wie die Verpflichtung von Seiten des Demommerot, sich in einem gewissen Umkreis der ärztlichen Praxis zu enthalten, nur die Verbindlichkeit zu thun oder nicht zu thun, zum Gegenstand gehabt, Gegenstände, die nach Art. 1126 des C. c. zu den erlaubten gehören. Der Vertrag wurde in gutem Glauben abgeschlossen und die Vertragssumme wurde freiwillig festgesetzt. (Urtheil des Appellhofs von Paris vom 6. März 1851. Sirey 1851 II. S. 278. Vgl. auch Sirey 1849. II. S. 105.)

77) Art. 1076. 884 und 953 des C. c.

Die Theilungen der Eltern und Ahnen unter ihren Nachkommen, selbst unter Lebenden vorgenommen, sind hinsichtlich des Verhältnisses der Nachkommen unter sich nicht nach den Grundsätzen von Schenkungen unter Lebenden, sondern nach den für gewöhnliche Verlassenschaftstheilungen bestehenden Grundsätzen zu beurtheilen.

Insbesondere: wenn durch eine solche Theilung einem der Mittheilhaber aufgegeben wird, andern Mittheilhabern eine gewisse Summe zu bezahlen, so können diese nicht den Widerruf der Theilung wegen Nichterfüllung dieser Auflage verlangen; vielmehr steht ihnen nur die Gewährleistungsklage des Art. 884 des C. c. zu.

Gründe. Obgleich die Art. 1075 u. ff. des C. c. für die Theilungen der Eltern und Ahnen unter ihren Nachkommen besondere Regeln aufstellen, so sagt doch kein Gesetz, daß diese besondere Art der Theilung nicht den Grundsätzen für gewöhnliche Theilungen unterworfen sei, die Gewährleistung der Loose, das Vorzugsrecht der Erbgleichstellungsgelder, das Recht jedes Miterben einen gleichen Antheil an den Liegenschaften wie an den Fahrnissen der Verlassenschaft in Anspruch zu nehmen, sind daher, obgleich sie in den Art. 1075 u. ff. des C. c. nicht wiederholt werden, auf die Theilungen der Eltern und Ahnen unter ihren Nachkommen ebenso anwendbar als auf gewöhnliche Verlassenschaftstheilungen. Das nämliche muß aber von dem in Art. 883 des C. c. ausgesprochenen Grundsatz gelten, nach welchem jeder abgetheilte Miterbe ebenso angesehen wird, als hätte er Alles, was er durch das Loos erhalten, unmittelbar oder allein geerbt und an den übrigen Erbschaftsstücken niemals ein Eigenthum gehabt. Diese Rechtsdichtung steht aber der Anfechtung der Theilung von Seiten eines Nachkommen entgegen, welche damit begründet werden soll, daß demselben ein Theil der Güter, welche ihm durch die Theilung zugeschieden worden, entwährt worden ist; weil dadurch alle Mittheilhaber an der Theilung in den kraft des Art. 883 an ihren Loosen erworbenen Rechten gestört werden würden. Hiergegen wird vergebens eingewendet, daß bei einer Theilung der Eltern oder Ahnen unter ihren Nachkommen durch Handlung unter Lebenden, die Nachkommen als Geschenknehmer erscheinen und daß sie für den Fall, daß die Bedingungen der Schenkung unerfüllt bleiben, als Rechtsnachfolger des theilenden Ahnen, den Widerruf der Schenkung gegen ihre Mittheilhaber verlangen könnten. Denn, wenn auch nach der Absicht und nach den Handlungen des theilenden Ahnen eine freigebige Verfügung von Seiten desselben anzunehmen ist, so hört doch von dem Augenblick der Theilung selbst und ihrer Annahme von Seiten der Nachkommen, das Rechtsgeschäft auf, eine Schenkung zu sein, indem die Theilhaber ihre Loose nicht unter dem Titel einer Schenkung, sondern unter dem einer Theilung besitzen, welche als Gesetz unter ihnen gilt. (Urtheil des Appellhofs von Grenoble vom 8. Januar 1851. Sirey 1851. II. S. 305. Vgl. die entgegengesetzte Entscheidung des Appellhofs zu Limoges. Sirey 1836. II. S. 392.)

Bemerkung. In einer Note des Herausgebers wird auf M. Genty traité des partages d'ascendans verwiesen. Hiernach sind die Natur und die gesetzlichen Folgen der Theilungen der Eltern und Ahnen unter ihren Nachkommen verschieden, je nach dem man das Verhältniß des theilenden Ahnen zu seinen Nachkommen oder die gegenseitigen Verhältnisse dieser Nachkommen und Theilhaber ins Auge faßt. Im ersten Fall liegt eine wahre Schenkung, im zweiten eine Verlassenschaftstheilung vor. Dies ergibt sich aus den Bestimmungen der Art. 1078 und 1079 des C. c., wonach jede Theilung der Eltern oder Ahnen unter ihren Nachkommen, welche nicht unter alle Kinder oder Abkömmlinge geschieht, für nichtig und jede Theilung der Art wegen Verletzung über ein Viertel für anfechtbar erklärt wird.

78) Art. 1216. 1321 und 1328 des C. c.

Wenn mehrere Personen als Mitschuldner unter sammtverbindlicher Haft ein Darlehen aufnehmen und darüber eine Notariatsurkunde ausstellen und ein Mitschuldner in einer Privaturkunde anerkennt, daß das Geschäft ihn allein angehe und sich verbindlich macht, das Darlehen allein zurückzuzahlen, so kann hierin kein geheimer Neben- oder Gegenvertrag Dritten gegenüber gefunden werden: vielmehr hat eine solche Erklärung gegenüber den Gläubigern des Mitschuldners, von welchem dieselbe ausgeht, vollkommene Gültigkeit.

Die Gläubiger eines und desselben Schuldners, welche zur Theilung des Vermögens desselben als ihres gemeinschaftlichen Unterpfands schreiten, sind unter sich nicht als dritte Personen zu betrachten: sie sind vielmehr die Rechtsfolger des Schuldners und die von demselben zu Gunsten des einen oder des andern (ohne Gefährde) ausgestellten Urkunden können den übrigen auch dann entgegengehalten werden, wenn es denselben an einem sichern Datum fehlt, selbst in dem Fall, daß der Schuldner in Gant geräth.

Mehrere Personen hatten zusammen ein Darlehen von 40,000 Fr. unter sammtverbindlicher Haft aufgenommen und darüber am 21. Febr. 1849 eine Notariatsurkunde ausgestellt. Einen Tag später hatte einer der Mitschuldner A. in einem auf die Notariatsurkunde geschriebenen Privatact anerkannt, daß die Capitalaufnahme in seinem alleinigen Interesse erfolgt, daß er allein die aufgenommene Summe erhalten; zugleich hatte sich derselbe verbindlich gemacht, Capital und Zinsen allein zu bezahlen, so daß die übrigen Mitschuldner niemals in Anspruch genommen werden würden.

A. gerieth aber in Vermögenszerfall, und als die erwähnten Mitschuldner die Zahlung der 40,000 Fr. aus der Masse in ihrer Eigenschaft als Bürgen des Cridars in Anspruch nahmen, wurde ihnen entgegnet, der Privatact, auf den sie sich beriefen, sei ein geheimer Neben- oder Gegenvertrag, dem es, der Masse als Dritten gegenüber, an aller Gültigkeit und jedenfalls am sichern Datum fehle; wonach auch in erster Instanz entschieden wurde.

In zweiter Instanz wurde jedoch aus folgenden Gründen zu Gunsten der Liquidanten erkannt:

Ein Neben- oder Gegenvertrag im Sinne des Art. 1321 ist ein solcher, durch welchen die Vertragspersonen beurkunden, daß eine Uebereinkunft in einem andern Vertrag nicht aufrichtig gemeint und nicht in Wahrheit zu Stande gekommen, und durch welchen jenem ersten Vertrag sein wahrer Charakter erst wiedergegeben wird. Ein solcher Neben- oder Gegenvertrag setzt daher allemal das Bestehen eines älteren, ganz oder theilweise fingirten Vertrags unter den Vertragspersonen voraus, welchen der Neben- oder Gegenvertrag ganz oder theilweise wieder vernichtet. In dem Act vom 21. Febr. 1849 sind aber nur rücksichtlich des Verhältnisses zwischen dem Darleiher und den Entleihern Bestimmungen getroffen, wogegen es an solchen für das Rechtsverhältniß der letzteren unter sich durchaus fehlt. Wenn nun auch eine Verbindlichkeit, welche von Mehreren sammt und sonders übernommen wurde, nach Art. 1213 des C. c. als unter den Schuldnern kraft Gesetzes getheilt zu betrachten ist, und wenn das Gesetz zugleich erklärt, daß dieselben unter sich nur jeder für seinen Antheil gehalten sein sollen, so folgt daraus doch nicht, daß der Antheil eines Jeden allemal nothwendig ein gleicher nach Maßgabe der Zahl der Mitschuldner sein muß, vielmehr gilt diese Regel nur dann, wenn die Contrahenten selbst hierüber keine andern Bestimmungen getroffen haben. Grundsätzlich ist der Antheil eines Jeden nach dem Interesse zu bemessen, welches derselbe bei dem Geschäft gehabt, für welches die Verbindlichkeit eingegangen wurde, und wenn dieses Geschäft nur einen der Mitschuldner angeht, so ist dieser ungeachtet der Bestimmung des Art. 1213 des C. c. und des Stillschweigens im Hauptvertrag, den übrigen Mitschuldnern gegenüber für den ganzen Betrag der Schuld verhaftet, welche in diesem Fall ihm gegenüber nur als Bürgen zu

betrachten sind. (Art. 1216 des C. c.) Das Gesetz enthält jedoch über die Art, wie die Mitschuldner die Größe ihrer Antheile constatiren sollen, die sie bei dem Geschäft gehabt, für welches sie verbindlich wurden, ebenso wenig irgend eine Vorschrift, wie über den Zeitpunkt, in welchem eine solche Beurkundung vorzunehmen ist. Hieraus folgt aber, daß es den Contrahenten ganz frei steht, ihr Verhältniß unter sich auf jede beliebige Weise zu regeln, sei es durch den Hauptact mit dem gemeinschaftlichen Gläubiger, sei es außerhalb dieses Actes durch einen andern Act oder auf jede andere gesetzlich erlaubte Weise; und hiernach erscheint die Urkunde vom 22. Febr. 1849 nicht als Neben- oder Gegenvertrag im Sinne des Art. 1321 des C. c., sondern sie besteht in vollkommener Gültigkeit.

Gläubiger eines und desselben Schuldners, welche zur Theilung des Vermögens desselben, als ihres gemeinschaftlichen Unterpfands schreiten, sind aber in ihrem Verhältniß zu einander nicht als Dritte zu betrachten, vielmehr ist jeder derselben Rechtsnachfolger des Schuldners und ihre Rechtstitel können nur mittels Anwendung des Art. 1167 des C. c. von den übrigen Gläubigern angefochten werden. Hieran wird auch durch den Ausbruch der Gant gegen den Schuldner nichts geändert. Dadurch, daß das Gesetz dem Cridar die Verwaltung seines Vermögens entzogen und dieselbe den Vertretern der Gläubiger anvertraut, hat dasselbe den Stand der Dinge in der Lage genommen, in welcher sich dieselben im Augenblick des Gantausbruchs befanden, aber weder der Gantmasse noch den Gläubigern, welche dieselbe bilden, irgend ein neues Recht denen gegenüber eingeräumt, welche früher schon mit dem Cridar in gutem Glauben in Rechtsverhältnisse getreten sind. Im Gegentheil läßt sich keine gesetzliche Bestimmung so verstehen, daß durch Ausbruch der Gant alle Ansprüche an den Cridar, welche nicht durch Urkunden mit sicherem Datum gedeckt sind, entkräftet sein sollten. Beschränkt hinsichtlich ihrer Rechtswirkung wurden die früheren Handlungen des Cridars nur durch die Bestimmungen der Art. 444 u. ff. des Code de com. Dort ist aber von den vom Cridar errichteten Privaturkunden ohne sicheres Datum nicht die Rede, und die Gefahren, welche dabei durch die Leichtigkeit des Antidatirens entstehen können, sind untergeordnet der Gefahr gegenüber, daß Rechte vernichtet werden würden, welche zu einer Zeit gesetzlicher Weise erworben wurden, wo die Zahlungsfähigkeit des Schuldners noch nicht zweifelhaft war und daß folgeweise die Besitzer solcher Rechte das Opfer eines Ereignisses werden müßten, welches sie nicht verschuldet und welches sie zur Zeit des Vertragsabschlusses nicht vorhersehen konnten. Die Gantmasse dagegen erscheint durch die Befugnisse, welche der Art. 1167 den Gläubigern ertheilt, hinlänglich gedeckt u. s. w. (Urtheil des Appellhofs von Douai vom 11. März 1851. Sirey 1851. II. S. 309. Vgl. über die erste Frage auch Merlin repertoire vo. contrelettre No. 1 u. 2. Toullier Liv. III. Tit. III. Chap. IV. Sect. I. §. I. No. 169. Plassmann des contre-lettres pag. 18 & suiv. Mercadé zu Art. 1321, über die zweite Frage. Sirey collect. nouv. I. I. S. 520. 1843, I. S. 467. 1847. I. S. 161 und Gilbert zu Art. 1322. No. 16 u. ff. und zu Art. 1328.)

79) Art. 878. 880 des C. c.

Wenn ein Erbe seine Rechte auf eine Verlassenschaft verkauft, so liegt in dieser Veräußerung kein Hinderniß gegen das Begehren der Gläubiger des Erblassers auf Absonderung des Vermögens desselben von dem der Erben anzutragen: vielmehr ist ein solcher Antrag, gegen den Cessionar des Erben gerichtet, gültig.

Vier Tage nach dem Tod des A. Dutremblay verkaufte dessen Sohn Prosper Dutremblay kraft einer Privaturkunde vom 16. Dezember 1847 seinen Antheil an der Verlassenschaft seines Vaters, bestehend in der Hälfte aller Liegenschaften desselben um den Preis von 140,000 Fr. und wies den Käufer Janez an, diese Summe theils für geleistete Vorschüsse an sich selbst, theils an mehrere Gläubiger seines Vaters zu bezahlen. Ebenso verkaufte Prosper Dutremblay nach einem Notariatsact vom nämlichen Tag seinen Antheil an der Mobiliarverlassenschaft seines Vaters an den nämlichen Janez um den Preis von 60,000 Fr., dessen Empfang er bescheinigte.

Nach Ablauf der in Art. 2111 bestimmten Frist, jedoch innerhalb des Zeitraums von drei Jahren (Art. 880 des C. c.) verlangte ein Gläubiger Chevalier von Janez und von Prosper Dutremblay die Absonderung des Vermögens des Erblassers von dem des Erben, ohne die Rechtstitel des Janez zu bestreiten. Dieses Begehren wurde aber in erster Instanz verworfen, weil durch die beiden vollzogenen Veräußerungen die Rechte des Erben an die Verlassenschaft seines Vaters auf Janez übergegangen seien, weßhalb die verlangte Trennung nicht mehr vorgenommen werden könne.

Hiergegen appellirte Chevalier an das Appellationsgericht von Lyon, welches das Gesuch des Appellanten aus folgenden Gründen für zulässig erklärte:

Durch die Veräußerung des Erben ist nur eine andere Person an dessen Stelle getreten und hieraus folgt, daß die Gläubiger des Erblassers alle Rechte, welche sie gegen den Erben gehabt, gegen den Cessionar als Repräsentanten desselben auszuüben berechtigt sind. (Urtheil des Appellhofs von Lyon vom 17. November 1850. Sirey 1851. II. S. 315. Vazeille des successions ad art. 880. No. 6. Duranton, tom. 7. No. 491. A. M. ist Delvincourt tom. 2. pag. 388.)

80) Art. 217. 905. 1124 und 1449 des C. c.

Die Befugniß, welche der Absatz 2 des Art. 1449 der getrennten Ehefrau ertheilt, ohne Autorisation ihres Mannes über ihre fahrende Habe zu verfügen und dieselbe zu veräußern, ist nicht als eine unbedingte oder als eine unbegrenzte zu betrachten; dieselbe muß auf den Absatz 1 des Art. 1449 zurückbezogen und auf die Bedürfnisse und auf die Grenzen der Verwaltung des Vermögens der Frau beschränkt werden. Hiernach sind Schenkungen von beweglichen Capitalien, welche die Frau ohne Autorisation ihres Mannes gemacht hat, nichtig.

Die Frau kann aber ohne Autorisation ihres Mannes ihre Ersparnisse von der Verwaltung ihres Fahrnißvermögens verschenken, selbst dann, wenn sich dieselben zu einem bedeutenden Capital angehäuft, wenn dieses Capital nicht vor den Schenkungen in der Hand der Frau, sondern in der Hand des Geschenknehmers von nach und nach erhaltenen Handgeschenken sich angesammelt hat, welche die Verfügung über die Einkünfte der Frau nicht übersteigen und aus Ursachen erfolgt sind, welche die geschehene Verfügung rechtfertigen.

Die Autorisation des Ehemannes, welche zu Handgeschenken der Frau erforderlich ist, braucht nicht schriftlich ertheilt zu werden; es genügt eine mündliche oder eine Autorisation, welche aus Handlungen und Umständen folgt.

Frau Dufay, welche von Tisch und Bett geschieden war, und ihre Tochter errichteten eine gemeinschaftliche Haushaltung, welche länger als zwanzig Jahre bestand. Bei der Trennung entstanden verschiedene Streitigkeiten über das Eigenthum mehrerer Capitalien, welche theils von Handgeschenken herrührten, welche die Mutter der Tochter gemacht, theils auf den Namen der Tochter angelegt worden waren. Es fragte sich, ob diese Schenkungen und Capitalanlagen der Frau Dufay, ohne Autorisation ihres Mannes gültig seien.

Diese Fragen wurden in erster Instanz zum Vortheil der beschenkten Tochter entschieden.

Gründe. Nach dem in den Art. 217 und 1124 des C. c. aufgestellten allgemeinen Grundsatz, kann zwar die Frau, welche mit ihrem Mann in keiner Gütergemeinschaft oder in einer völligen Güterabsonderung lebt, ohne Mitwirkung ihres Mannes zu dem betreffenden Rechtsgeschäft oder schriftliche Einwilligung desselben, nicht schenken, veräußern, verpfänden, noch durch einen Freigebigkeits- oder durch einen belasteten Vertrag etwas erwerben. Allein nach Art. 1449 des C. c. tritt die Frau, welche von Tisch und Bett geschieden ist oder auch nur eine Vermögensabsonderung erwirkt hat, in die Verwaltung ihres Vermögens zurück; sie kann sogar über ihre fahrende Habe verfügen und dieselbe veräußern; nur ihre Liegenschaften kann sie nicht veräußern, wenn nicht ihr Mann einwilligt oder im Widerspruchsfall das Gericht sie ermächtigt. Hätte der Gesetzgeber die Befugniß der Frau, ihre fahrende Habe zu veräußern, auf die bloßen Verwaltungshandlungen derselben beschränken wollen, so hätte er dieses ausdrücklich gesagt; statt dessen hat er aber im Art. 1449 Abs. 2 in einem ganz besonderen, von dem ersten getrennten Satz gerade das Gegentheil ausgesprochen. Diese Bestimmung ist klar und nicht zweideutig, eine weiter gehende Beschränkung der Befugnisse der Frau würde daher eine Ergänzung des Textes enthalten. Wenn auch die abgesonderte Frau wegen der Bestimmung des Art. 1124 ohne Ermächtigung ihres Mannes nicht durch Verträge Verbindlichkeiten eingehen kann, so paßt doch die Analogie dieses Verbots nicht auf Schenkungen, deren Folgen einfach und leichter vorauszusehen sind als die Folgen eingegangener Verbindlichkeiten. (Fortsetzung folgt.)

Berichtigung.

In Nr. 11 S. 88 Z. 20 von oben ist „§. 221“ statt „§. 214“ zu lesen.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXI. No. 13. Mannheim, 25. März 1854.

I.

Zurücknahme der Waaren aus einer Handelsgant.

Das Handelsgesetzbuch hat in den Art. 240 — 250 (Code de com. art. 576—586) die Fälle präcisirt, in welchen aus einer Handelsgant Waaren, die im Besitz des Gemeinschuldners sind, zurückgenommen (vindicirt) werden können. Außer diesen ausdrücklich genannten Fällen findet aber nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen die Vindikation derjenigen Gegenstände statt, deren Eigenthum nicht auf den Gemeinschuldner übergegangen ist, z. B. wenn dieser ihm zugesandte Waare aus irgend einem Grunde zurückweist und zur Disposition des Absenders stellt. Denn in diesem Fall ist der Eridar, wenn auch im Besitz der Waaren, doch nur Depositar; die Waare kann daher keinen Theil der Gantmasse bilden, muß vielmehr dem Eigenthümer herausgegeben werden. Arg. Art. 245. So hat auch das königl. Obertribunal in Stuttgart unter dem 16. August 1853, J. S. Bassermann gegen Wulz entschieden. Wiewohl diese Entscheidung nach dem in Württemberg geltenden gemeinen Recht erfolgte, so dürfte sie doch wegen mehrerer dabei in Betracht kommenden Fragen auch bei uns von Interesse sein, weßhalb sie hier wiedergegeben wird: Handelsmann Bassermann hatte den 7. Februar 1845 an Tabaksfabrikant Röscheisen in Heidenheim auf dessen Bestellung durch Fuhrmann Fink zehn Ballen Tabak gesendet. Bei der Ankunft des Tabaks, am 16. Februar 1845, verweigerte Röscheisen dessen Annahme, beauftragte seinen Commis dieses dem Absender mitzutheilen und ließ die Waare in das öffentliche Lagerhaus niederlegen. Der Grund dieser Weigerung lag darin, daß Röscheisen in zerrütteten Vermögensverhältnissen war und deßhalb schon am folgenden Tag, 17. Februar 1845, seine Insolvenz bei dem Oberamtsgericht anzeigte. Bassermann reklamirte den Tabak, allein die Gläubiger verweigerten die Herausgabe, trafen vielmehr mit Stadtrechner Wulz in Heidenheim, der das Fabrikgeschäft übernahm, ein Abkommen dahin, daß er den Tabak übernehmen, dagegen aber die Gantmasse gegen die Ansprüche des Bassermann vertreten solle. Gegen diesen wurde sodann eine Klage auf Herausgabe des Tabaks resp. auf Zahlung des Werthes desselben gerichtet, jedoch in zwei Instanzen von dem Oberamtsgericht in Heidenheim unter dem 5. August 1850, von dem Appellationsgericht in Ellwangen unter dem 7. September 1852 abgewiesen. Der Grund war der, daß durch Ertheilung der Faktura vom 1. Februar 1845 und durch Uebergabe des Tabaks an den Fuhrmann Fink das Eigenthum desselben an den Eridar übergegangen sei, daß dieser zwar am 16. Febr. 1845 die Annahme verweigert, das betreffende Schreiben an Bassermann aber erst am 18., an welchem Tage er nicht mehr dispositionsfähig gewesen sei, abgesendet habe. In dieser Lage der Sache zum Gutachten aufgefordert, erklärte sich Einsender dieses dahin:

„Die Entscheidungsgründe des königl. Gerichtshofs für den Jartkreis gehen bei Beantwortung der Frage, ob das Eigenthum des Tabaks auf den Besteller Röscheisen übergegangen sei? von der Ansicht aus, daß die Uebergabe des Tabaks an den zum Transport von Mannheim nach Heidenheim gewählten Fuhrmann als Uebergabe an den Besteller Röscheisen selbst geschehen anzusehen, und daher von diesem Augenblick an das Eigenthum als an den Besteller übergegangen anzunehmen sei. Diese Ansicht hätte dann einiges für sich, wenn der Fuhrmann im Auftrag des Bestellers die Waare in Empfang genommen hätte — denn in diesem Falle könnte man die Sache so ansehen, als ob der Fuhrmann bei der Empfangnahme

seinen Mandanten, den Besteller, vertreten, als ob mithin dieser selbst die Waare in Empfang genommen hätte. Aber selbst in diesem Falle wird man unterscheiden müssen zwischen individuell oder nur generell bestimmten Gegenständen. Man kann nämlich nicht unterstellen, daß der Auftrag des Fuhrmanns weiter geht, als das Object von einem Ort an den andern zu bringen. Eine Prüfung der Güte der Waare wird niemals dem Fuhrmann zugemuthet werden wollen; eben darum wird in allen Fällen, wo das Objekt nicht individuell, sondern nur generell bestimmt ist, wie z. B. wenn Pfälzer Tabak erster Qualität gekauft wurde, nicht angenommen werden können, daß der Käufer sich des Rechts der Prüfung der ihm zugesandten Waare begeben wollte. Um wie viel mehr muß man dem Besteller dieses Recht der Besichtigung und Prüfung der Waare in dem Falle vorbehalten, wenn der Verkäufer den Fuhrmann gewählt und durch diesen die Waare dem Besteller zugesendet hat, sonst wäre der Besteller dem Verkäufer gegenüber ganz rechtlos; er könnte die Waare nie wegen schlechter Beschaffenheit refüsiren, sobald unterstellt wird, der Fuhrmann habe bereits an seiner Stelle die Waare acceptirt. Vielmehr ist es ein ganz allgemein anerkannter Grundsatz, daß der Kauf solcher Waaren, die nur ihrer Gattung nach bestimmt sind, erst dadurch, daß sie zugemessen, zugewogen oder zugezählt werden, zur Perfektion gelangt. l. 35 §. 5 D. de contrah. empt. Dieses läßt sich schon daher beweisen, daß jeder Kauf Einverständniß über die Sache und Preis voraussetzt, weßhalb so lange die Sache nur der Gattung nach bestimmt ist, erst noch ein Einverständniß beider Theile über die species nothwendig ist, ehe der Kauf in jeder Beziehung perfekt ist. Vergl. die Motive zum Handelsgesetzbuch für das Königreich Württemberg ad art. 304."

„Das französische Recht, welches den Eigenthumsübergang von keiner traditio abhängig macht, s. Art. 1138, läßt bei dem Kauf von Gegenständen, die nur generell bestimmt sind, das Eigenthum erst bei dem Zumessen, Zuwägen, Zuzählen übergehen.

Troplong de la Vente No. 83—86.

Dieses Zumessen, Zuzählen, Zuwägen muß unter Mitwirkung beider Theile vorgenommen werden, damit ein Einverständniß über die Sache erzielt wird. Wenn aber der eine Theil ohne Zuziehung des andern diese Handlung vornimmt, so ist dessen nachfolgende Acceptation nothwendig; in dem vorliegenden Fall ist diese Acceptation nicht erfolgt, das Eigenthum ist daher nicht auf Röscheisen übergegangen, sondern bei dem Kläger geblieben."

„In den Motiven zu dem Handelsgesetzbuch für das Königreich Württemberg scheint man aber darauf Gewicht zu legen, daß die Gefahr einer verkauften Sache von dem Moment der Absendung auf den Empfänger übergehe, woraus man den Schluß ziehen will, daß auch das Eigenthum von diesem Zeitpunkte an auf den Adressaten übergegangen sei. Dieses ist aber ein Irrthum, da, wie Thibaut, §. 175 hervorhebt, bei dem Verkauf schon nach römischem Recht die Eigenthümlichkeit vorkömmt, daß der Käufer die Gefahr trägt, wodurch die allgemeine Regel, res perit domino, eine Ausnahme erleidet."

„Abgesehen von dieser Erörterung ist doch jedenfalls gewiß, daß Röscheisen die Waare zur Disposition des Klägers gelassen und sie zu diesem Zweck in eine öffentliche Niederlage deponirt hat."

„Hieraus folgt zweierlei:

1) Daß er die Handlung seines Mandatars, wenn man den Fuhrmann als seinen Mandatar betrachten will, nicht gutgeheißen,
2) daß er die Wiederaufhebung des Kaufs dem Kläger vorgeschlagen hat."

„Der Kläger hat diesen Vorschlag angenommen, mithin kehrte Alles in statum quo ante zurück."

„In den Entscheidungsgründen wird bezweifelt, ob Röscheisen hiezu noch berechtigt war, weil er am 17. Februar Gant angezeigt hat? Die Erörterung dieser Frage kann hier wegen Unkenntniß des württembergischen Rechts nicht unternommen werden."

„Nach badischem wie nach französischem Handelsrecht kann die Waare, welche noch unverletzt in einem öffentlichen Lagerhaus vorhanden ist, zurückgenommen werden, selbst wenn der Vergantete nicht die Absicht, sie freiwillig zurückzugeben, erklärt hätte."

Vergl. Art. 240. 241. 242 des badischen Handelsrechts, Art. 576—78 Code de com.

„Damit stimmt auch Art. 1111 u. ff. des Entwurfs des württembergischen Handelsgesetzbuchs überein."

Daraufhin wurde die Oberappellation ergriffen, und das königl. Obertribunal in Stuttgart erkannte, wie schon angeführt, zu Gunsten des Klägers. Die Entscheidungsgründe, soweit sie sich hierher beziehen, lauten wie folgt:

„Da das Eigenthum des Klägers an dem fraglichen Tabak bevor derselbe an Röscheisen überging, unbestritten ist, so handelt es sich hauptsächlich um die Frage, ob Röscheisen das Eigenthum daran erworben habe und zu welcher Zeit?

Der Beklagte macht geltend: schon durch Ertheilung der Faktura vom Kläger an Röscheisen über den abgewogenen Tabak sei das Eigenthum an letztern übergegangen, jedenfalls durch Uebergabe desselben an den Frachtfuhrmann Fink zum Transport nach Heidenheim; endlich habe Röscheisen selbst, wenn auch vorher das Eigenthum des Tabaks nicht an ihn übergegangen sein sollte, durch Empfangnahme des Tabaks das Eigenthum daran erworben.

Daß durch diese Ausscheidung einer nach Gewicht verkauften Waare und Ertheilung der Factura das Eigenthum noch nicht an den Käufer übergehe, hat schon der nächstvorige Richter ausgeführt, und da vom Beklagten keine Widerlegung desselben versucht worden ist, so kann sich hierauf bezogen werden.

Dagegen hat der nächstvorige Richter angenommen, daß das Eigenthum des Tabaks durch die Uebergabe desselben an den Fuhrmann Fink am 7. Februar 1845 auf Röscheisen übertragen worden sei, weil es im Handelsrecht ein anerkannter Grundsatz sei, daß im Fall der Besteller die Wahl des Fuhrmanns, wie hier, dem Versender überläßt, der Fuhrmann als Mandatar des Käufers anzusehen sei, und es auch den allgemeinen Rechtsgrundsätzen entspreche, daß in einem solchen Fall der Fuhrmann die Person des Bestellers vertrete, folglich die Ablieferung der Waare durch die Uebernahme von Seiten des Fuhrmanns als an den Besteller geschehen, zu betrachten sei. Es kann aber weder der eine, noch der andere dieser Gründe als richtig erkannt werden.

Die Bestimmung des gemeinen Rechts, daß das Eigenthum einer Sache erst durch Tradition an den Käufer übergehe, hat auch im Handelsrecht stets Anerkennung gefunden,

Thöl, Handelsrecht I. §. 78. S. 247.

Treitschke, Kaufcontract §. 87. S. 199.

und im Württembergischen Recht ist dieser Grundsatz ausdrücklich anerkannt worden.

Pfand-Entwicklungsgesetz von 1828, Art. 16.

Als vom Käufer zur Empfangnahme beauftragt kann der Fuhrmann nur alsdann angesehen werden, wenn derselbe von jenem ausgewählt, und dem Verkäufer als Empfänger der Waare bezeichnet ist.

Im vorliegenden Fall hat aber Röscheisen den Fuhrmann Fink als einen solchen Beauftragten nicht aufgestellt, sondern dem Kläger die Wahl gelassen, „den Versandt obiger Tabake entweder direct per Fuhr, oder vermittels des G. Hartenstein in Cannstadt zu bewerkstelligen", und der Kläger hat nicht den zuletzt bezeichneten gewählt, sondern nach seinem eigenen Ermessen einen Fuhrmann, nämlich den Fuhrmann Fink von Gemünd, aufgestellt.

Man kann auch nicht sagen, daß Röscheisen indirect der Fuhrmann zur Empfangnahme der Waare beauftragt habe, indem er dem Kläger den Auftrag gegeben habe, weitern Auftrag an einen beliebigen Fuhrmann zu ertheilen; denn es liegt weder in den gebrauchten Worten, noch in den Umständen irgend eine Spur dafür, daß Röscheisen die Absicht, oder ein Interesse gehabt hätte, den Fuhrmann Fink als seinen Submandatar zu betrachten, und die vom Beklagten diesfalls in der Beschwerdeschrift der gegenwärtigen Instanz aufgestellten Behauptungen enthalten keine genügenden thatsächlichen Begründungen des Gegentheils. Den Auftrag, die Versendung direct per Fuhr zu bewerkstelligen, ertheilte Röscheisen ohne Zweifel, damit der Kläger wisse, daß er keine nähere Weisung über Abgabe des Tabaks zu empfangen habe, an eine Stellvertretung seiner Person durch den Fuhrmann dachte er aber ohne Zweifel eben so wenig, wie wenn er die Versendung durch die Post verlangt hätte.

Thöl Handelsrecht, Bd. I. §. 78. S. 249 u. §. 74. Note 13. S. 239.

Bender Handelsrecht, §. 111. S. 238.

Bülow und Hagemann practische Erörterungen, Bd. IV. S. 442.

Die von dem nächstvorigen Richter für seinen Satz aufgeführten Autoritäten enthalten auch keine Bestätigung desselben, indem die Entscheidung des Cassations- und Revisionshofs in Berlin vom 29. März 1834,

Seufferts Archiv, Bd. II. S. 218

und das Gutachten des Württembergischen Handelsschiedsgerichts

Lieferung 7. S. 140

zunächst nur die Frage zum Gegenstand haben, von wann an die Gefahr der erkauften Sache auf den Käufer übergehe. Daß dies — wenn nichts Anderes bedungen ist — mit der Perfection des Kaufs, und bei Waaren, welche erst zugewogen werden müssen, mit dieser Zuwä-

gung, spätestens mit der Absendung der Waaren statt-
finde, unterliegt nun allerdings keinem gegründeten Zweifel.

Simul atque de pretio convenerit periculum rei venditæ statim ad emptorem pertinet, tametsi ea res emptori tradita non sit.

§ 3. J. de empt. et vend. (3. 24.)

Von der Uebernahme der Gefahr ist aber der Uebergang des Eigenthums wohl zu unterscheiden, und von dem Erstern läßt sich noch keineswegs auf das Letztere schließen.

Utique tamen vindicationem rei et condictionem exhibere debebit emptori, quia sane, qui nondum rem emptori tradidit, adhuc ipse dominus est.

§. 3 J. cit.

Der von dem nächstvorigen Richter citirte

Treitschke, Kaufcontrakt §. 60

spricht zwar davon, daß wenn der Käufer den Verkäufer um Uebersendung der Waare ersuche, zum Kaufvertrag ein anderer Vertrag, ein Mandat hinzutrete, daß aber der vom Verkäufer gewählte Fuhrmann nun als Mandatar den Käufer vertrete, sagt jener Schriftsteller nicht, vielmehr läßt sich jenes Mandat des Verkäufers ganz wohl als die übernommene Verpflichtung zur Sorgfalt bei Uebersendung der Waare rechtfertigen, da dieselbe auf Gefahr des Käufers läuft.

Endlich fragt es sich, ob ein Uebergang des Eigenthums an Röscheisen mittels Uebergabe des Tabaks an denselben stattgefunden habe? Daß eine Ablieferung des Tabaks von dem Fuhrmann an Röscheisen im Allgemeinen erfolgt ist, läßt sich nicht in Abrede ziehen; der Fuhrmann wurde hierdurch von seinen übernommenen Verbindlichkeiten im Transport der Waare befreit. Ob aber mit der körperlichen Ueberlieferung der Waare an Röscheisen auch eine Empfangnahme Seitens des Letzteren verbunden gewesen, d. h. ob eine traditio mit der Wirkung, daß hierdurch das Eigenthum vom Kläger auf Röscheisen übergetragen wurde, vorgekommen sei, ist eine andere Frage. Nach bekannten Rechtsgrundsätzen gehört zum Besitzesübergang mittels Tradition nicht nur das körperliche Verhältniß, in welches man zur Sache tritt, sondern auch die Absicht, das Bewußtsein die Sache für sich zu haben, (animus sibi habendi);

L. 5 D. de obligat. et actionibus. (44. 7.)

L. 153 D. de reg. jur. (50. 17.)

Savigny, Besitz §. 9. (S. 93 der III. Aufl.)

Puchta, Pandekten §. 123.

Daß nun Röscheisen, als der Tabak durch den Fuhrmann Fink ihm überliefert wurde, nicht die Absicht gehabt habe, denselben zu empfangen, d. h. für sich zu erwerben, sondern daß er ihn vielmehr der Disposition des Klägers anheim gestellt habe, ergibt sich ganz klar aus seinen Handlungen.

Nachdem der Tabak am 16. Februar 1845 auf das Waghaus zu Heidenheim geführt worden war, ließ Röscheisen denselben nicht in seinen Gewahrsam bringen, sondern legte ihn in der Stadtwage nieder und gab seinem Commis am nämlichen Tag den Auftrag, dem Kläger zu schreiben, daß er dies gethan, daß der Tabak zu seiner Verfügung stehe, und daß er — gegen Vergütung der Spesen — darüber disponiren möchte, indem er als Grund hiefür anführte, daß er durch mehrere ungünstige Umstände in Verlegenheit gesetzt sei und befürchte, sich nicht länger behaupten zu können.

In einem späteren Schreiben vom 15. April 1845 an den Kläger bestätigte Röscheisen, daß er den Tabak nicht mehr acceptirt habe, und bezeichnete unter seinen Schuldigkeiten an den Kläger blos einen andern, hiemit in keiner Verbindung stehenden Posten, nicht aber das Guthaben des Klägers für den fraglichen Tabak.

Hiezu kommt, daß Röscheisen den Tabak weder unter seinen Waarenvorräthen verzeichnen ließ, noch seine Schuldigkeit dafür in seinen Büchern vormerkte. Wenn auch, wie Röscheisen in einem späteren Schreiben an den Anwalt des Beklagten äußerte, der Tabak dem Personal des Waghauses und dem Pächter gegenüber auf seinem Lager und nicht für Rechnung des Klägers liegen geblieben ist, so läßt sich hieraus die Absicht Röscheisens, den Tabak für sich zu behalten, um so weniger ableiten, als derselbe seinen entgegengesetzten Willen, dem Absender gegenüber, wiederholt so unzweideutig ausgesprochen hatte, und findet vielmehr jener Umstand seine genügende Erklärung darin, daß das Waghauspersonal keine Kenntniß von dem Rechtsverhältniß, welches zwischen dem Kläger und Röscheisen bestand, zu erhalten brauchte, und letzterer daher als Adressat jenem gegenüber als Disponent über die Waare sich geriren konnte.

Selbst die Bezahlung der Fracht von Seiten des Röscheisen — wenn sie wirklich geschehen sein sollte — bildet keine entgegengesetzte Anzeige, weil dies nur das Verhältniß zum Frachtfuhrmann bewährt, welcher — wie oben schon bemerkt — seiner übernommenen Verbindlichkeiten durch Röscheisen entlastet worden ist.

Ob das Schreiben Röscheisens vom 16. Februar 1845 von ihm erst am 18. Februar unterzeichnet und zur Post befördert worden sei, und ob vorher schon, nämlich am 17. Februar Röscheisen seine Insolvenz dem Oberamtsgerichte angezeigt hatte, ist irrelevant, weil es sich nicht von der Frage handelt, ob Röscheisen befugt gewesen sei, eine Disposition über sein Vermögen vorzunehmen, sondern davon, ob derselbe den fraglichen Tabak schon in sein Vermögen erworben gehabt habe, als er sich für insolvent erklärte, und daß er diesen Erwerb auch nicht gemacht, geht eben daraus hervor, daß, als die Waare seinem Gewahrsam überliefert werden sollte, er den Willen nicht mehr hatte, solche für sich zu erwerben.

Da hiernach der Kläger nicht aufgehört hat, Eigenthümer des hier in Frage stehenden Tabaks zu sein und solcher mit Genehmigung des Gantgerichts dem Beklagten zur Verarbeitung, gegen Uebernahme der Vertretung der Gantmasse, gegenüber vom Kläger, überlassen wurde, so mußte die Klage in der Hauptsache für begründet erkannt werden.

Auch der Zinsenanspruch des Klägers erscheint begründet, da der Beklagte, ungeachtet der Kläger seine Ansprüche an den Tabak bereits geltend gemacht hatte, durch Verwendung desselben Nutzen bezogen hat und zwar ist dieser Zinsenanspruch vom 8. Juni 1845 als dem Tage an begründet, wo das Oberamtsgericht dem Beklagten gegen Uebernahme des Rechtsstreits den Tabak zur Verwendung überließ."

Dr. Ladenburg.

II.

Nach geschehener obwohl verspäteter Uebergabe des Kaufgegenstandes ist der Verkäufer berechtigt, den vertragsmäßig bedungenen Zins auch für die Zeit zu fordern, in welcher der Käufer noch gar nicht im Besitze des Kaufgegenstandes war. Der Käufer seinerseits hat nur das Recht, Entschädigung und die Herausgabe oder den Ersatz der vom Verkäufer bezogenen oder vernachlässigten Früchte zu verlangen.

Der Kläger begehrte kraft Kaufvertrags die bedungenen Zinsen aus dem Kaufpreise für ein Hofgut vom 14. Juni 1841 an; der Beklagte widersprach, daß er sofort nach dem Vertragsabschluß, wie es hätte geschehen sollen, Besitz und Gewähr des Guts erhalten, und behauptete, daß dieß erst mehrere Jahre später geschehen sei, und weigerte sich, die Zinsen für die Zeit zu bezahlen, als er nicht im Besitz war, stellte übrigens eventuell eine Gegenforderung auf, worin er Entschädigung für den entzogenen Besitz und Genuß des Guts in Anspruch nahm. — Das großh. Hofgericht des Seekreises sprach sich über diese Frage in seinen Entscheidungsgründen folgendermaßen aus:

Der Beklagte widersprach zwar, daß ihm der Kläger das verkaufte Hofgut sogleich nach dem Kaufabschlusse übergeben habe, dagegen räumte er ein, daß diese Uebergabe zur Zeit der jetzigen Klagerhebung längst erfolgt war. Dieß genügt, um die auf Bezahlung des Kaufpreises und der bedungenen Zinsen gerichtete Klage als zulässig darzustellen. Die verspätete Uebergabe des Kaufgegenstandes verleiht nemlich dem Käufer nur das Recht die Aufhebung des Kaufvertrags oder die Einsetzung in den Besitz, und nach bewirkter Verzugssetzung Entschädigung zu begehren. L.R.S. 1139. 1146. 1184. 1610. 1611. Vorbehaltlich dieser Rechte des Käufers darf also der Verkäufer nach geschehener, wenn auch verspäteter, Uebergabe des Kaufgegenstands den Kaufpreis und den bedungenen Zins fordern. L.R.S. 1650. 1652. Dem steht L.R.S. 1612 nicht entgegen, da er den Verkäufer, welcher Zahlungsfrist bewilligt hat, nur verpflichtet, das Kaufobjekt zu übergeben, ehe er den Kaufpreis verlangt, woraus auf eine andere, als die oben bezeichnete Folge der verspäteten Uebergabe nicht geschlossen werden darf. Damit widerlegt sich denn die Behauptung des Beklagten, daß er den vor der Uebergabe verfallenen Zins auch jetzt, nachdem die Uebergabe längst geschehen ist, nicht zu bezahlen brauche, dagegen ergibt sich auf der andern Seite daraus im Hinblicke auf die behauptete Verzugssetzung die Zulässigkeit seiner eventuellen Gegenforderung. (Urtheil vom 10. Januar l. J. In Sachen Harburger gegen Stückle.)

In obigem Fall hätte, wie mir scheint, der Beklagte auch noch ein weiteres Mittel gehabt, um wegen der verspäteten Uebergabe gegenüber dem Kläger zu seinem Rechte zu gelangen. Von dem Augenblicke an, als der Kläger hätte vertragsmäßig das Hofgut übergeben sollen,

und er, dieser Pflicht nicht entsprechend, in dessen Besitze blieb, war derselbe ein unredlicher Besitzer (L.R.S. 550), weßhalb er zufolge L.R.S. 549. 1155 a. verbunden war, dem Beklagten alle bezogenen Früchte, seien sie noch vorhanden oder verzehrt, und sogar auch alle vernachlässigte Früchte des Hofguts herauszugeben und zu ersetzen. Der Beklagte hätte daher unter Anführung der nöthigen Thatsachen eine Gegenforderung in dieser Richtung begründen können, wobei ihm der Vortheil zu statten gekommen wäre, daß eine solche Forderung nicht von der Voraussetzung der Verzugssetzung abhängig, mithin ohne den Nachweis eines derartigen Akts und sogleich von dem bezeichneten frühen Zeitpunkt an zulässig gewesen wäre. — Schließlich sei die Bemerkung beigefügt, daß, wenn es sich um gesetzliche Zinsen gehandelt hätte, die Entscheidung anders und dahin hätte ausfallen müssen, daß die Zinsen dem Kläger erst von der Zeit der Uebergabe des Kaufgegenstands an gebühren, wie dies L.R.S. 1652 Abs. 1 Gl. 5 durch die Worte „überlieferte Sache" ausdrücklich sagt, und wie es auch schon in der Natur der Sache liegt.

Dr. Puchelt.

III.

Cassationsfall.

1) Es ist keine Nichtigkeit, wenn der Präsident des Schwurgerichts dem Angeklagten untersagt hat während des Verhörs mit ihm etwas aufzuzeichnen.

2) Alle Beschwerden, welche nicht innerhalb 8 Tagen, von Verkündung des schwurgerichtlichen Urtheils an gerechnet, angezeigt wurden, sind verspätet und daher unzulässig.

Der von dem Schwurgericht des Oberrheinkreises wegen Diebstahls zu mehrjähriger Zuchthausstrafe verurtheilte J. Gg. Kurz, Wirth zu Haltingen, hatte in einer selbstverfaßten Eingabe vom 27. Dezember 1853 als Nichtigkeitsbeschwerde geltend gemacht, daß ihm der Herr Präsident des Schwurgerichtshofs untersagt habe, Notizen machen zu dürfen.

Der hierüber von großh. Oberhofgericht zur berichtlichen Aeußerung veranlaßte Gerichtshof ertheilte die Auskunft: daß der Angeklagte in dem ersten am 24. Dezember v. J. mit ihm selbst vorgenommenen Verhör allerdings versucht habe, Aufzeichnungen zu machen, woran er durch den Präsidenten verhindert worden sei, weil letzterer derartige Versuche nicht nur als ein Verhör an und für sich störend, sondern namentlich auch als mit dem Zwecke eines solchen Verhörs, wo möglich die Wahrheit zu erforschen, durchaus unvereinbarlich und diesen Zweck sogar vereitelnd um so mehr angesehen habe, als dem Angeklagten dadurch Gelegenheit gegeben gewesen wäre, völlig planmäßig sein Leugnungssystem, ohne die Gefahr, sich in Widersprüche zu verwickeln, durchführen zu können. Später, namentlich bei der Beweiserhebung habe der Angeklagte keinen derartigen Versuch mehr gemacht, auch weder er noch sein Vertheidiger gegen jenes Verbot des Präsidenten eine Einsprache erhoben und ebensowenig die Entscheidung des Gerichtshofs beantragt und die Protokollirung dieses Vorzugs verlangt.

Auf die am 6. März l. J. gepflogene Verhandlung wurde die Beschwerde des Cassationsklägers als unbegründet verworfen, weil durch das Verbot der Aufzeichnungen weder irgend eine gesetzliche Vorschrift verletzt, noch die Vertheidigung beschränkt worden sei.

In einer am 5. März l. J. von dem Anwalt des Cassationsklägers bei großh. Oberhofgericht eingereichten Vorstellung war weiter behauptet, daß dem Angeklagten sogar während der Beweiserhebung durch den Schwurgerichtspräsidenten untersagt worden, Aufzeichnungen zu machen, worüber der Schwurgerichtshof nachträglich gehört werden sollte.

Da jedoch diese Behauptung mit dem hofgerichtlichen Berichte in directem Widerspruch steht, so mußte sie unberücksichtigt bleiben.

Außerdem stellte der Anwalt in seinem Nachtrage eine Beschwerde darüber auf, daß der Präsident einen Zeugen im Berathungszimmer vernommen habe, ohne nachher in der fortgesetzten Verhandlung dem Angeklagten die Angaben dieses Zeugen zu eröffnen.

In der Schlußverhandlung selbst brachte endlich der Anwalt noch mündlich vor, daß das Protocoll über die schwurgerichtliche Verhandlung nicht während derselben, sondern erst nachher aufgenommen wurde, wie aus ihm selbst hervorgehe.

Der Cassationshof erklärte aber beide Beschwerden für verspätet und daher unzulässig, weil sie nicht in-

-erhalb 8 Tagen nach Verkündung des schwurgerichtlichen Urtheils schriftlich angezeigt worden sind. Vergl. §. 116 des E.G. vom 5. Febr. 1851 und §. 278 der St.P.O.

D. R.

IV.

Zur Auslegung des §. 109 des Gesetzes vom 5. Februar 1851.

Nach §. 109 des oben allegirten Gesetzes ist, wenn, wie z. B. nach §. 21 desselben Gesetzes, oder im Falle des §. 16 Abs. 3 der St.P.O., verschiedene Gerichte über verschiedene Vergehen eines Angeschuldigten urtheilen, die Zusammenrechnung der Strafen von demjenigen Gerichte vorzunehmen, welches die höchste der verschiedenen Strafen erkannt hat. Ueber die Anwendung dieser Bestimmung sind schon mehrfach Zweifel entstanden. Beim Hofgericht des Seekreises ist man über folgende Grundsätze einig geworden:

Der angeführte §. 109 findet nur dann Anwendung, wenn bei der Aburtheilung verschiedener Gerichte über verschiedene Vergehen ein Zusammentreffen verschiedener für sich bestehender verbrecherischer Handlungen, eine wirkliche reale Concurrenz vorhanden ist. Dagegen findet er keine Anwendung:

1) bei bloßen Fortsetzungen eines Verbrechens. Denn in dem mehrerwähnten §. 109 ist sich ausdrücklich nur auf die §§. 170—179 des St.G.B. bezogen, welche von der realen Concurrenz handeln. Jener §. 109 bezieht sich aber nicht auf die §§. 180. 181 des St.G.B., die von der Fortsetzung sprechen. In diesem Falle, also namentlich auch im Falle des §. 478. 479 des St.G.B. sind die verschiedenen Uebertretungen als ein einziges Verbrechen anzusehen, wobei zwar die Fortsetzungen und deren Zahl als Gründe erhöhter Strafbarkeit in Betracht kommen, jedoch das höchste Maß der auf das Verbrechen gesetzten Strafe niemals überschritten werden darf. Bei dem gemeinen Diebstahl, bei den Unterschlagungen, bei dem Betruge aus Gewinnsucht, und bei den Fälschungen von Privat-Urkunden aus Gewinnsucht ist demnach der Betrag aller einzelnen Uebertretungen zusammenzurechnen, und hiernach die Strafe zu bemessen, somit von dem zuletzt urtheilenden Gerichte nur die betreffende Zusatzstrafe zu der bei der früheren Verurtheilung erkannten Strafe auszusprechen.

Ferner findet der citirte §. 109 keine Anwendung:

2) wenn der Angeschuldigte bei der späteren Verurtheilung die bei der früheren Verurtheilung erkannte Strafe bereits erstanden hat. Dies folgt aus der Bestimmung in §. 179 i. f. des St.G.B. In diesem Falle ist bei der Fortsetzung wie oben unter Ziff. 1 von dem zuletzt urtheilenden Gerichte nur eine Zusatzstrafe und bei einer realen Concurrenz die gesetzliche Strafe ohne Rücksicht auf die in §§. 170—178 enthaltenen Vorschriften zu erkennen.

Haager.

V.

Zu L.R.S. 1610. 1611. 1184.

Ueber das mit der Auflösungsklage verbundene Gesuch um Entschädigung vorbehaltlich der Liquidation.

Der Käufer, welchem der Verkäufer sein Versprechen nicht erfüllt, kann die Aufhebung des Kaufvertrags nebst Entschädigung fordern.

Das Gesuch um Entschädigung wird häufig mit dem um Vertragsaufhebung in der Weise verbunden, daß sich der Kläger die Liquidation des Schadens für ein späteres besonderes Verfahren vorbehält.

Muß er in einem solchen Falle den Beweis führen, daß ihm überhaupt Schaden zugegangen sei?

Man wird als Regel annehmen dürfen, daß der Kläger durch die Nichterfüllung der ihm gemachten Zusage beschädigt worden sei. Ist ausnahmsweise der Beklagte von der Verbindlichkeit, diesen Schaden zu ersetzen, frei,

L.R.S. 1148.

so kann er dies sofort geltend machen und dadurch die Abweisung des Entschädigungsanspruchs veranlassen. Unterläßt er dies, so hat er die Folgen dieser seiner Unterlassung zu tragen. Dadurch, daß im Allgemeinen und ohne nähere Prüfung ausgesprochen wird, der Beklagte habe, vorbehaltlich der Liquidation, Schadensersatz zu leisten, wird ihm kein Schaden erwachsen. Denn wenn der Kläger den zu ersetzenden Schaden nicht nachweisen kann, so ist er auch nicht im Stande denselben nachher

zu liquidiren, beziehungsweise ist der Beklagte im Liquidationsverfahren noch im Stande, die gestellte Forderung in ihren einzelnen Positionen zu bekämpfen.

Wenn man aber blos wegen des allgemeinen Ausspruchs der Schadensersatzpflicht Beweis fordern und erheben wollte, daß Kläger wirklich Schaden gehabt habe, so müßte natürlich derjenige Schaden, den Kläger gehabt hat, nachgewiesen werden, er müßte also sofort zu dem Zweck, um formelle Anerkennung seines schon gesetzlich gewährten Rechts auf Schadensersatz zu erwirken, dieselben Beweismittel aufbieten, die er nachher zur Specifikation seines Schadens wiederholt zu verwenden hätte; damit würde aber die Absicht, die Sache abzukürzen und zu vereinfachen, geradezu vereitelt, denn es müßte das meist weitläufige Beweisverfahren einmal anticipirt und dann wiederholt werden. Es könnte selbst der Fall eintreten, daß der Richter im Verfahren über die Vertragsaufhebung sich durch die vorgebrachten Beweise bestimmen ließe, ein Recht des Klägers auf Entschädigung anzuerkennen, daß dagegen der Richter im Liquidationsverfahren aus denselben Beweismitteln sich eine entgegengesetzte Ansicht bildete; jedenfalls wäre der Richter, welcher die Specifikation zu prüfen hat, nicht durch die Ansicht gebunden, welche zur Anerkennung der Ersatzberechtigung geführt hätte.

Da hiernach durch die Anerkennung der Schadensersatzpflicht des Beklagten, gegen welchen Kläger mit einer Vertragsauflösungsklage obsiegt, ein Präjudiz weder zu Gunsten des Klägers noch zum Nachtheil des Beklagten geschaffen wird, da ferner eine Trennung der eigentlichen Entschädigungs- von der Auflösungsklage deßhalb wohl Begünstigung verdient, damit die Verhandlung und Entscheidung vereinfacht und erst die der Präjudicialfrage herbeigeführt, somit Mühe und Kosten des möglicherweise vergeblichen Aufwendens der Specifikation und Nachweisung des nur für den Fall des Obsiegens mit der Auflösungsklage zu fordernden Schadensersatzes für den möglichen Fall des Unterliegens mit jener gespart werden kann, da endlich dieser zu begünstigende Zweck einer solchen Trennung dadurch geradezu vereitelt würde, daß man demungeachtet den Beweis des Schadens verlangen wollte, blos um im Allgemeinen ein Recht auf Schadensersatz vorbehaltlich dessen Liquidation anzuerkennen, so möchte ich mich unbedenklich dafür aussprechen, daß der Richter, der einer Vertragsauflösungsklage stattgibt, auch dem allgemeinen Gesuch um Schadensersatz s. l. stattgeben könne und dürfe, ohne vorher sich darüber Aufklärung verschaffen zu müssen, ob denn auch wirklich Schaden und von welcher Art dem Kläger durch Nichterfüllung des Vertrags zugegangen sei.

Etf.

VI.

Verkündung der Beweiserkenntnisse.

Annalen XX. 176. 201. 351. 361.; XXI. 9. 30.

In einer Plenarsitzung vom 27. Febr. l. J. hat das großh. Oberhofgericht mit Stimmenmehrheit beschlossen, daß die von ihm ausgehenden Beweiserkenntnisse nicht blos den Anwälten, sondern auch den Parteien selbst zugestellt werden sollen, und zwar aus dem entscheidenden Grunde, weil der §. 403 der a. P.O. mit dem §. 384 a. (Art. 2 der Novelle von 1837) unverändert in die §§. 345 und 365 der n. P.O. übergegangen ist; denn, wäre es nicht in der bestimmten Absicht des Gesetzgebers gelegen, die Beweiserkenntnisse hinsichtlich ihrer Zustellung fortan den Endurtheilen gleich zu behandeln, so hätte wenigstens bei der zweiten im Jahr 1851 vorgenommenen Revision des Gesetzbuchs die Vorschrift des §. 403, jetzt §. 365, dahin abgeändert werden müssen, daß die Beweiserkenntnisse nur den Anwälten zu eröffnen oder zu behändigen sind.

D. R.

VII.

Zu L.R.S. 1657.

Dieser L.R.S. enthält eine specielle, dem Verkäufer günstige Bestimmung.

Vgl. L.R.S. 1257 ff.

Diese findet jedoch, wenn ein Lieferungsort bedungen ist, nur dann Anwendung, wenn der Käufer auch in die Lage gesetzt war, das Gekaufte an diesem Orte in Empfang zu nehmen.

L.R.S. 1603. 1. 1604. 1609, vgl. 1247.
J.B. n. F. VI. S. 44.

Etf.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXI. **No. 14.** Mannheim, 1. April **1854.**

I.

Gesetz über die Ablösung der Weiderechte vom 31. Juli 1848, Art. 2, 11, 12, 13, 14, 15 u. ff. 21 und 23.

Proceßordnung §. 353 und 1128.

I. Die Entscheidung der Frage, ob die Voraussetzungen zur Einleitung des durch das Gesetz vom 31. Juli 1848 zur Ablösung eines Weiderechts vorgeschriebenen Verfahrens vorhanden sind, ist nicht als eine gewöhnliche Zwischenverfügung in einem Processe im Sinne des §. 353 der Proceß-Ordnung, sondern als die Entscheidung über einen dem Ablösungsverfahren nothwendig vorausgehenden Präjudicialstreit zu betrachten.

II. Der Umstand, daß von der Aufkündigung an noch keine drei Jahre abgelaufen sind, hindert nicht die Anstellung der Klage auf Festsetzung des Ablösungscapitals.

Windischbuch gegen Seehof.

Die Güterbesitzer auf dem Seehof sind Eigenthümer des Schäfereirechts auf Windischbucher Gemarkung, welches sie im Jahr 1846 von der Standesherrschaft Leiningen erworben haben.

Nach Verkündigung des Gesetzes über die Ablösung der Weiderechte vom Juli 1848 kündigte die Gemeinde Windischbuch dieses Weiderecht ordnungsmäßig auf, bald nach dieser Aufkündigung glaubten aber die Bürger von Windischbuch via facti vorschreiten zu können und vertrieben den Pächter der Berechtigten von ihrer Gemarkung. Hiergegen suchten sich die Berechtigten durch die Erhebung einer Confessorienklage zu schützen, über welche durch die gleichlautenden Urtheile des großh. Bez.-Amts Borberg vom 3. Sept. 1850 und des großh. Hofgerichts des Unterrhein-Kreises vom 8. März 1851 rechtskräftig zu ihren Gunsten entschieden wurde.

Nach einem Protokoll des Gemeinderaths von Windischbuch vom 22. September 1851 verzichteten aber die dortigen Güterbesitzer noch zum Ueberfluß auf jenen Proceß und erkannten das Uebertriebsrecht der Bewohner des Seehofs an, worauf der Gemeinderath von Windischbuch dieses Protokoll mit dem Beisatz an das Amt Borberg als Verwaltungs-Behörde einsandte, daß die Gutsbesitzer nunmehr auf der Ablösung des Weidrechts bestünden, was diese auch noch in einem besonderen Protokolle vom 14. Februar 1852 bestätigten. Hiervon wurden die Güterbesitzer auf dem Seehof durch die erwähnte Behörde in Kenntniß gesetzt und nachdem eine laut Protokoll vom 4. März 1852 versuchte Vereinbarung über die Ablösung gescheitert war, wurde am 21. Juni 1852 mit Bezugnahme auf die bis dahin gepflogenen Administrativverhandlungen und auf die Aufkündigung vom 25. August 1848, die Ablösung zuerst gerichtlich begehrt. Die Güterbesitzer auf dem Seehof erhoben aber Einsprache gegen das Ablösungsbegehren der Gemeinde Windischbuch; weil sich dieselbe bis zum Jahr 1851 eigenmächtige Eingriffe in das Weidrecht erlaubt; weil sie dadurch den Berechtigten den Besitz und Genuß desselben entzogen; weßhalb nach Art. 2 des Gesetzes vom 31. Juli 1848 die Ablösung nicht begehrt werden könne.

Das Amt Borberg verwarf jedoch durch Erkenntniß vom 5. Sept. 1852 diese Einsprache als unerheblich und bestätigte zugleich die Verfügung vom 21. Juni 1852, durch welche das Ablösungsverfahren eingeleitet worden war; weil die im Art. 2 des Gesetzes vom 31. Juli 1848 erwähnten drei Jahre seit der am 25. August dieses Jahrs erfolgten Auffündung bereits umlaufen und den Berechtigten durch die Urtheile in dem unterdessen geführten

Rechtsstreit, für den entzogenen Besitz und Genuß volle Entschädigung zugesprochen worden sei.

Gegen dieses Erkenntniß ergriffen die Güterbesitzer vom Seehof die Appellation und stellten den Antrag, die Gemeinde Windischbuch mit ihrem Ablösungsbegehren noch zur Zeit abzuweisen.

Zur Rechtfertigung dieses Antrags und zur näheren Begründung der schon in erster Instanz vorgetragenen Einrede wurde von den Appellanten vorgetragen:

Die dreijährige Frist des Art. 2 des Weidablösungsgesetzes beruhe auf einer Rücksicht des Gesetzgebers, welche derselbe im Interesse des Berechtigten beobachten zu müssen geglaubt habe. In den Motiven der großh. Staatsregierung zum Entwurf des Gesetzes (Verhandlungen der Ständeversammlung von 1847/49, insbesondre Protokolle der II. Kammer, 6. Beilageheft, S. 21) sei darüber gesagt:

„Der Berechtigte ist wohl nur dann in der Lage, ohne Nachtheil die hergebrachte Benutzungsweise seines Weiderechts aufzugeben und das Ablösungscapital nutzbringend anzulegen, wenn er die erforderlichen Vorbereitungen getroffen hat. Das Gesetz schreibt deßhalb eine längere Aufkündungsfrist vor u. s. w.",

und im Commissionsbericht der II. Kammer (Ebendas., 7. Beilagenheft, S. 140) sei dazu bemerkt:

„Eine solche Erleichterung ist nicht mehr als gerecht und billig und die in dieser Beziehung dem Berechtigten schuldige Rücksicht überwiegt bei weitem das Interesse des Belasteten, schon früher von der Last befreit zu werden."

Im Commissionsbericht der I. Kammer (2. Beilagenheft, S. 100 u. ff.) sei einfach die Zustimmung ausgesprochen und beantragt.

Hiernach könne es aber keinem Zweifel unterliegen, daß nach den klaren Worten des Art. 2 des Weidablösungsgesetzes und nach der Absicht der drei Factoren der Gesetzgebung, dem Berechtigten nach der Aufkündung noch der dreijährige, ungestörte Genuß seines Rechts zugestanden worden und damit die Möglichkeit gegeben werden sollte, die erwähnten Vorkehrungen zu treffen.

Nun habe zwar die Gemeinde Weidischbuch schon am 25. August 1848 das Weidrecht auf ihrer Gemarkung aufgekündigt; allein schon bald nach dieser Aufkündung sei die Gemeinde Windischbuch selbst davon abgegangen und habe verhindert, daß die Voraussetzungen eingetreten, durch welche ihr Recht auf Ablösung bedingt sei. (L.R.S. 1178.)

Nach den Vorgängen von der Besitzstörung an bis zum rechtskräftigen Urtheil auf die Confessorienklage der Güterbesitzer auf dem Seehof könne überdieß kein Zweifel darüber sein, daß die Aufkündigung vom 25. Aug. 1848 ihre Rechtswirkung verloren, daß deßhalb die Gemeinde Windischbuch erst eine neue Aufkündigung vorzunehmen habe und daß den Berechtigten die Frist des Art. 2 des Gesetzes erst von dieser zweiten Aufkündigung an laufen könne.

Die Gemeinde Windischbuch bestritt aber die Zulässigkeit des eingeführten Rechtsmittels, weil das Erkenntniß erster Instanz nur als eine Zwischen-Verfügung im Sinne der §§. 352, 353 und 1128 der Proceß-Ordnung zu betrachten und die Gefahr eines Nachtheils, welcher durch die Verbindung der erhobenen Beschwerden mit der Appellation gegen das Endurtheil nicht mehr gehoben werden könnte, nicht bescheinigt sei.

Hierauf wurde jedoch von Seiten der Appellanten erwidert:

Nach §. 1125 der Proceß-Ordnung finde das Rechtsmittel der Appellation gegen jedes Urtheil statt, welches einen Streitgegenstand zuerkenne oder abspreche, dessen Werth die Appellationssumme erreiche. Sinn und Bedeutung des angegriffenen Erlasses sei aber, daß der Weidberechtigte schuldig sei, sein Recht gegen eine zu ermittelnde Ablösungssumme abzutreten; und da die Ablösung dieses Rechtes nur unter gewissen gesetzlichen Voraussetzungen verlangt werden dürfe, so könne auch ein Erkenntniß zweiter Instanz schon darüber verlangt werden, ob jene Voraussetzungen auch wirklich vorlägen. Die Verhandlungen über die Ablösung von dinglichen Rechten bildeten ganz besondere Civilprocesse, bei welchen die Vorfrage, ob die Voraussetzungen vorhanden seien, welche zur Ablösung berechtigen und verbinden, als die wichtigste erscheine. Diese Vorfrage müsse aber im Interesse beider Theile vor den eigentlichen Ablösungsverhandlungen rechtskräftig entschieden werden: denn beide Theile müßten darüber Gewißheit haben, um sich einstweilen danach richten zu können. Wenn das ganze Ablösungsverfahren mit großen Kosten erledigt sei und dann erst noch Rechtsmittel über die Vorfrage ergriffen werden könnten, so kämen dadurch beide Theile in Nachtheil; die Gefahr eines solchen Nachtheils liege daher in der Natur des streitigen Rechtsverhältnisses.

Durch Urtheil vom 30. April 1853 erkannte auch das großh. Hofgericht abändernd: die Gemeinde Windisch-

buch sei mit den gestellten Ablösungsbegehren noch zur Zeit abzuweisen.

Entscheidungsgründe.

.... Wenn nach dem im P.O. §. 1128, Ziff. 2 ausgesprochenen allgemeinen Grundsatz des badischen Processes eine gesonderte Appellation gegen Zwischenurtheile in der Regel nicht Statt findet, auch die hier in Frage stehenden Einwendungen keineswegs als solche Einreden gelten können, welche vom Mangel wesentlicher Voraussetzungen des Verfahrens hergenommen sind, so erscheint doch die vorliegende Appellation nach Maßgabe des P.O. §. 353 wegen der den Beklagten immerhin drohenden Gefahr eines später mit der Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr zu beseitigenden Nachtheils ausnahmsweise zulässig und nothwendig, wie sich aus dem Folgenden näher ergiebt. Eine solche Gefahr ist von den Appellanten, wenigstens allgemein angedeutet worden, und bedarf keines besondern Nachweises, weil sie aus den Akten selbst, aus der Beschaffenheit der in Art. 2 des Ablösungsgesetzes bestimmten Frist und der Lage der Sache hervorgeht. In Berücksichtigung der besondern Art des in Frage stehenden Schadens, welcher im Voraus nicht genau ermessen werden kann, ist die Appellation auch hinsichtlich der Summe nicht als unzulässig anzusehen.

Die Beklagten wendeten, was die Sache selbst betrifft, gegen das begehrte Ablösungs Verfahren ein, das Recht selbst sei nach dem Sinne des Art. 18 ein streitiges, jedenfalls aber die dreijährige Frist des Art. 2 den Beklagten nicht gewährt worden, weil das Weidrecht im Jahr 1848 durch Eigenmacht gestört, von der Klägerin gänzlich in Streit gezogen und erst im Jahr 1851 durch rechtskräftige Entscheidung des Streites gegen die klägerischen Angriffe sicher gestellt worden sei, mithin eine neue Aufkündigung erforderlich erscheine.

In dieser letzten Rücksicht zeigt sich die Beschwerde der Beklagten als begründet. Nach den Regierungs-Motiven zu Art. 2 des Gesetzes, womit auch der Commissionsbericht der II. Kammer der Landstände übereinstimmt, sollte der Berechtigte durch die 3jährige Aufkündigungsfrist in den Stand gesetzt werden, die nöthigen Vorbereitungen zu treffen, um das Ablösungscapital nutzbringend anzulegen und so ohne Nachtheil die hergebrachte Benützung seines Weidrechtes aufgeben zu können. Eine derartige Benützung der Frist setzt aber vor Allem die unbestrittene Anerkennung des Weidrechtes von Seite des Belasteten selbst, den ungestörten, nicht durch Eigenmacht des anderen Theiles selber vereitelten Genuß der Weidberechtigung voraus, da ohne solche Voraussetzung der Berechtigte nicht in der Lage ist, die nöthigen Vorbereitungen in einer der Absicht des Gesetzes genügenden Weise treffen und etwaigen Schaden abwenden zu können. Hienach kann die Zeit, während welcher das Weidrecht bestritten war, jedenfalls nicht in Berechnung kommen, es kann aber die frühere Aufkündigung gar nicht weiter als wirksam angesehen werden, weil das spätere Bestreiten des Rechtes thatsächlich als ein Aufgeben der Kündigung betrachtet werden darf, insofern hiedurch die Berechtigung, ohne welche ja die Kündigung keinen Halt hat und nicht bestehen kann, von dem aufkündigenden Theile selbst als nicht bestehend angefochten wurde, hiemit aber die Zurücknahme der frühern Aufkündigung sich von selbst ergiebt. Der geleistete Ersatz für die erwähnten Störungen vermag den Stand der Sache im Wesentlichen nicht zu ändern.

Das Begehren der Gemeinde Windischbuch ist demgemäß als zur Zeit noch nicht statthaft zurückzuweisen, das beschwerende Erkenntniß hienach abzuändern.

Auf die von der Gemeinde Windischbuch ergriffene Oberappellation wurde aber unter Wettschlagung sämmtlicher Kosten aller drei Instanzen, vom großh. Oberhofgerichte abändernd zu Recht erkannt:

> Es sei der 4. März 1852 als der Tag der geschehenen Aufkündigung des den Gutsbesitzern vom Seehof auf der Gemarkung Windischbuch zustehenden Weidrechts zu bestimmen, und daher den Gutsbesitzern vom Seehof aufzuerlegen, binnen einer unerstrecklichen Frist von drei Monaten sich mit Rücksicht auf diesen Aufkündigungstermin auf das Ablösungsbegehren der Gemeinde Windischbuch in der durch die amtliche Verfügung vom 21. Juni 1852 bestimmten Weise, und bei Vermeidung des dort angedrohten Rechtsnachtheils bei dem Untergerichte einzulassen.

Entscheidungsgründe.

Das amtliche Erkenntniß vom 21. Juni 1852 und das hofgerichtliche Urtheil vom 30. April 1853 entscheiden über die unter den Parteien bestrittene Frage: ob — wie die Gemeinde Windischbuch behauptet — das den Gutsbesitzern zu Seehof auf der Gemarkung Windischbuch zustehende Schäfereirecht als durch den Notariatsakt vom 23. August 1848 schon von dieser Zeit an als aufgekün-

bet zu betrachten und hienach auf den Grund des Gesetzes vom 31. Juli 1848 abzulösen, oder ob — wie die Gutsbesitzer zu Seehof geltend zu machen suchen — das ihnen zustehende Schäfereirecht als noch gar nicht aufgekündet anzusehen sei, und deßhalb auch zur Zeit noch gar kein Verfahren über die Festsetzung der von den Berechtigten an die belastete Gemeinde Windischbuch zu zahlenden Ablösungssumme eingeleitet werden könne.

Diese von großh. Bezirksamte Borberg nach dem Antrage der Gemeinde Windischbuch, von großh. Hofgericht aber nach der Ansicht der Gutsbesitzer zu Seehof entschiedene Frage ist eine für das Ablösungsverfahren selbst präjudizielle Vorfrage. Das Gesetz vom 31. Juli 1848 (Reggsbl. No. LV) läßt nemlich in seinen Artikeln 2 und 23 eine Ablösung des Weidrechts überhaupt nur dann zu, wenn vorher eine Aufkündigung von Seiten des belasteten Theils wirklich stattgefunden hat; und die Artikel 11, 12, 13, 14, 15 u. flg. und 21 jenes Gesetzes machen die Normen, nach welchen die Ablösungssumme zu berechnen und richterlich festzusetzen ist, von dem Ertrag des Rechts und von dessen Werthpreisen in einer bestimmten Zeitperiode abhängig, welche nicht in allen Ablösungsfällen die gleiche ist, sondern in jedem einzelnen Falle nach dem Zeitpunkt der wirklich geschehenen Aufkündigung sich richtet, daher denn auch die auf eine Ablösungsklage nach Art. 23 des mehr allegirten Gesetzes von dem weidberechtigten Theil vorzulegende Berechnung der Ablösungssumme nur dann nach den im Gesetze bestimmten Normen aufzustellen möglich ist, wenn über die für diese Berechnung maßgebende Zeitperiode kein Zweifel besteht, beziehungsweise ein darüber unter den Betheiligten obwaltender Streit definitiv entschieden ist.

Aus diesen Gründen erscheint daher auch die richterliche Entscheidung darüber, ob eine Aufkündigung des Weidrechts in rechtlich wirksamer Weise erfolgt und von wann an die unter den Parteien bestrittene Aufkündigung zu datiren sei, nicht als eine gewöhnliche Zwischenverfügung in einem Processe im Sinne des §. 1128, No. 2 der P.O., gegen welche, abgesehen von der Voraussetzung des §. 353 der P.O., nur nach endlicher Entscheidung über die Ablösungssumme selbst ein Rechtsmittel zulässig wäre, sondern als die Entscheidung über einen dem Ablösungsverfahren nothwendig vorausgehenden Präjudizialstreit, von welcher die Zulässigkeit des Ablösungsverfahrens überhaupt und die Art der Festsetzungssumme abhängt, so daß ein Streit, wie der vorliegende, behufs der dem Ablösungsverfahren zu gewährenden Grundlage der Natur der Sache nach, sowie nach der Absicht und dem Zwecke des Ablösungsgesetzes ebenso nothwendig schon vor Einleitung des eigentlichen Ablösungsverfahrens rechtskräftig entschieden werden muß, wie nach Art. 18 des Ablösungsgesetzes ein etwa über das Dasein des Weidrechts oder über dessen Umfang unter den Parteien bestehender Streit.

Hiernach kann an der Zulässigkeit der Appellation gegen das amtliche Erkenntniß vom 21. Juni 1852 und an der Zulässigkeit der Oberappellation gegen das hofgerichtliche Urtheil vom 30. April 1853 kein Zweifel sein. Ebenso muß aber auch das Dasein der Oberappellationssumme angenommen werden, weil es sich nicht blos um den Werth des Genusses des Weidrechts während der betreffenden Zeit, sondern auch um eine wesentliche Grundlage zur Bestimmung des Ablösungskapitals handelt, deren Einfluß auf die Größe des Kapitals nicht zum Voraus berechnet werden kann.

In der Sache selbst hat nun aber das großh. Hofgericht in den seinem Urtheil vom 30. April 1853 unterlegten Gründen mit Recht gegen die Ansicht des in erster Instanz ergangenen Erkenntnisses vom 21. Juni 1852 angenommen, daß die durch Notariatsakt vom 23. Aug. 1848 beurkundete Aufkündigung des Weidrechts durch die in Bezug auf dieses Recht nachher noch von der belasteten Gemeinde fortgesetzte Besitzentsetzung der Schäfereiberechtigten, und durch den nachher noch von der Gemeinde Windischbuch verfolgten Negatorienstreit (soll wohl heißen: Confessorien-) über die Existenz des Rechts überhaupt außer Wirksamkeit gesetzt worden ist, weil durch jene Besitzentsetzung und durch diesen Streit die verpflichtete Gemeinde Windischbuch ganz unzweifelhaft ihre Absicht zu erkennen gegeben hat, daß sie nicht mehr Willens sei, das von ihren Gegnern in Anspruch genommene Weidrecht abzulösen.

Dagegen muß aber auch, nachdem durch Urtheil des großh. Hofgerichts des Unterrheinkreises vom 8. März 1851 der Negatorien- (soll wohl heißen: Confessorien-) streit zu Gunsten der berechtigten Gutsbesitzer zu Seehof rechtskräftig entschieden worden ist, und damit diese wieder in den Besitz des Weidrechts getreten sind, und nachdem nun die belastete Gemeinde Windischbuch vor dem großh. Bezirksamte Borberg von Neuem erklärt hat, daß sie an der schon früher durch den Notariatsakt vom 25. August 1848 kundgegebenen Absicht, das Schäferei-

recht abzulösen, nunmehr festhalte, — dieser Aufkündigung auch gegenüber den berechtigten Gutsbesitzern zu Seehof von dem Zeitpunkte an wieder ihre Wirkung beigelegt werden, wo nach beseitigtem Widerspruch gegen das Recht selbst die Wiederaufnahme der Kündigung den Berechtigten eröffnet worden ist, was inhaltlich des über diese Eröffnung vorliegenden Protokolls des großh. Bezirksamts Borberg vom 4. März 1852 an diesem Tage geschehen ist.

Zu dieser Wiederaufnahme der frühern Kündigung bedurfte es keines neuen Notariatsaktes nach Art. 2 des Ablösungsgesetzes, vielmehr genügte die von der Gemeinde Windischbuch nach vorheriger im Gemeindeprotokoll vom 22. September 1851, beziehungsweise 14. Februar 1852, beurkundeten, der Vorschrift des Art. 22 des Ablösungsgesetzes entsprechenden Zustimmung der Besitzer der belasteten Güter — abgegebene, den Schäfereiberechtigten am 4. März 1852 eröffnete Erklärung, daß sie jedenfalls von jetzt an das Recht nicht mehr bestreite, und die früher beurkundete Aufkündigung wiederhole, weil durch eine solche Erklärung der Zweck des Ablösungsgesetzes, das behufs des Ablösungsverfahrens den Zeitpunkt der geschehenen Aufkündigung in bestimmter Weise festgesetzt wissen will, gegenüber allen Betheiligten vollständig erreicht ist *). Endlich hindert der Umstand, daß von der Aufkündigung an noch keine drei Jahre verflossen sind, keineswegs die Anstellung der Klage auf Festsetzung desjenigen Kapitals, welches nach Ablauf der Kündigungsfrist an die Berechtigten zu bezahlen ist, wie sowohl aus der Natur der Sache, als auch aus Art. 3 des Ablösungsgesetzes nothwendig folgt. Die Beklagten haben daher auch insofern zu viel verlangt, als sie begehren, daß die Klage bis nach Ablauf der Kündigungsfrist abgewiesen werden soll.

R. d. Gr. ꝛc.

Soiron.

---

*) Das Gesetz verlangt mit dürren Worten die Aufkündigung in einer Notariatsurkunde; nachdem daher die so vollzogene Aufkündigung vom Jahr 1848, wie das Oberhofgericht selbst ausführt, unwirksam geworden, konnte dieselbe nicht durch ein Amtsprotokoll wieder wirksam werden, und die Berechtigten durften mit aller Sicherheit von der Voraussetzung ausgehen, daß keine rechtsgiltige Aufkündigung gegen sie vorliege. W. d. E.

II.

1) Ueber die Beibringensforderungen der Frau in der Gant ihres Mannes.

2) Ueber den Beweis des ehelichen Beibringens.

Annalen XIX. S. 25.

Das a. a. O. mitgetheilte Urtheil des Hofgerichts des Seekreises wurde vom großh. Oberhofgericht theils bestätigt, theils abgeändert und zwar dahin, daß die Ehefrau des Gantmanns Eberle berechtiget sei, die in Beilage 2 der Anmeldungs-Belege verzeichneten Fahrnisse, soweit sie noch vorhanden sind, im Stück zurückzunehmen, im Uebrigen aber den Werth der eingebrachten, nicht mehr vorhandenen Fahrnisse und Liegenschaften, letztere jedoch nur bis zum Betrage von 1778 fl. nebst Zinsen vom Tage der Anmeldung zu fordern, und daß sie für diesen Ersatz in dritter Ordnung mit Unterpfand auf sämmtliche Liegenschaften des Gantmanns, hinsichtlich der Fahrnisse vom Tage der Ehe, hinsichtlich der Liegenschaften vom Tage des Verkaufs derselben zu lociren, dabei aber den Oberappellaten F. Martin und Girard-Blumer in Basel jedenfalls nachzusetzen sei.

Gründe.

Die Ehefrau ist berechtigt, ihr Beibringen, d. i. ihr Vermögen, welches nicht in die Gütergemeinschaft gefallen ist, entweder im Stück, oder den Werth des veräußerten Theils aus der Gant des Ehemanns zurückzunehmen, auch ohne eine Vermögensabsonderung zu verlangen, und ohne sich der Gemeinschaft zu entschlagen.

Dieß folgt theils aus den Bestimmungen des L.R.S. 1446, No. 2 und der Anhangsätze 228 ff., theils aus der Natur der Sache insofern, als jenes Recht der Ehefrau als eine Einsprache erscheint, welche sie gegen die Vollstreckung zu Gunsten der Gantgläubiger erhebt, so weit diese ihre eigene Güter angreifen will ꝛc. ꝛc.

Was hiernächst das in Fahrnissen bestehende Einbringen betrifft, so sprechen sich die Entscheidungsgründe dahin aus, daß die Verwendung der nicht mehr vorhandenen Stücke zum Besten des Ehemannes, beziehungsweise der Gemeinschaft um so eher zu unterstellen sei, als der Ehemann das Fahrnißvermögen der Frau zu verwalten, und dasselbe vorbehaltlich des Ersatzes einseitig zu veräußern befugt ist.

In Bezug auf die während der Ehe veräußerten Liegenschaften nehmen die Entscheidungsgründe die Verwendung der Kaufschillinge zu Gunsten der Gemein-

schaft als erwiesen an, weil der Ehemann als Herr der Gemeinschaft und Verwalter des eheweiblichen Vermögens den Erlös der fraglichen Liegenschaften einzuziehen hatte, dieser Einzug daher so lange zu vermuthen steht, als nicht behauptet und dargethan wird, daß der Kaufschilling entweder noch ausstehe, oder von der Ehefrau selbst eingezogen und verwendet worden ist.

(Vergl. Marcadé: Droit civil français art. 1433. Rodiére et Pont: Contrat de mariage No. 711.)

Im Uebrigen mußte das Unterpfandsrecht der Oberappellantin nach L.R.S. 2135 anerkannt, jedoch den Oberappellaten Fr. Martin und Girard-Blumer in Basel nachgesetzt werden, weil sich die erstere den letzteren gegenüber bei Bestellung ihrer Unterpfänder sammtverbindlich erklärt, daher ihrem etwaigen Vorrecht stillschweigend entsagt hat (L.R.S. 2180a.)

Aus diesen Gründen ꝛc.

Haager.

III.

Zur Auslegung des Satzes 1285 des Landrechtes.

In den meisten Rechtsstreiten, welche die großh. Generalstaatskasse gegen die wegen Theilnahme an den hochverrätherischen Unternehmungen des J. 1849 zum sammtverbindlichen Schadenersatze Verurtheilten zu führen gezwungen ist, wird von Seiten der Beklagten die Einrede vorgeschützt, daß der Fiscus durch die mit einzelnen der Sammtschuldner abgeschlossenen Vergleiche auf seine Rechte gegen die übrigen Sammtschuldner nach L.R.S. 1285 verzichtet habe, und nicht selten haben Unterrichter auf diese Einrede hin weitere Verhandlungen gepflogen. Vielfach wurde ihr die Einwendung entgegengehalten, daß dieser L.R.Satz nur auf durch Vertrag entstandene Sammtverbindlichkeiten anwendbar sei, nicht aber auf solche, welche durch Vergehen hervorgerufen worden seien; am wenigsten aber auf solche, welche wie hier in ganz getrennten Handlungen beruhen. Deren Erfolg sei allerdings aus der gleichen Willensrichtung hervorgegangen, und habe zu dem gleichen Ergebnisse hingeführt; nachweisbar aber habe ein großer Theil der Verurtheilten ohne Kenntniß von den Handlungen der übrigen Mitverurtheilten, ohne innere Uebereinstimmung mit denselben gehandelt. Ihre Sammtverbindlichkeit sei daher eine zufällige, rein formelle. Es widerstrebe dem juridischen Gefühle auf solche Verhältnisse den L.R.S. 1285 anzuwenden. — Diese Einwendung ist offenbar unbegründet. Das Gesetz unterscheidet nicht zwischen den verschiedenen Arten der Sammtschulden, es dürfen dieß daher auch die Gerichte nicht thun. Gleichwohl wird diese Einrede in den meisten Fällen unbegründet sein. Die Sätze 1282 bis 1288 des L.R. handeln von der Erlassung der Schuld. Ein Theil dieser Sätze handelt von den Rechtsvermuthungen, welche aus einzelnen Handlungen der Gläubiger zu ziehen sind; dieß sind die Sätze 1282—1284. Der andere Theil enthält gesetzliche Belehrungen darüber, wie einzelne Handlungen der Gläubiger zu verstehen sind, und welche Wirkungen sie äußern. Zu diesen gehört der Satz 1285. Die ersteren sind Ausnahmebestimmungen: sie müssen einschränkend ausgelegt werden. Die letzteren enthalten nur Anwendungen auf allgemeine Rechtssätze: sie müssen mit den übrigen Lehren des Gesetzbuches in Zusammenhang gebracht werden. Dieß ist auch bei dem L.R.S. 1285 der Fall. Eine Schuld erlischt durch die in dem Satze 1234 einzeln angegebenen Gründe. Zu diesen Gründen gehört die Erlassung, der Verzicht. Eine Schuld, welche auf mehreren, sammtverbindlichen Personen lastet, bleibt immer nur eine und dieselbe Schuld. So wie ein Sammtgläubiger durch Erhebung seiner Forderung den Schuldner unbedingt befreit, und der Schuldner dieser Forderung auch den übrigen Sammtberechtigten gegenüber dadurch befreit wird — L.R.S. 1197, so tilgt ein Sammtschuldner durch Zahlung die ganze Schuld, und alle übrigen Sammtschuldner werden dadurch befreit. L.R.S. 1200. Der Grund dieser Sätze liegt darin, daß es nur eine Forderung, nur eine Schuld ist, welche auf den verschiedenen Personen den Sammtberechtigten, den Sammtschuldnern ruht, und daß ein erloschenes Recht, eine erloschene Verbindlichkeit keine Rechtswirkung mehr außern kann. — Die Sammtrechte und Sammtverbindlichkeiten sind aber nicht ihrem innern Wesen, sondern nur ihren Trägern nach von den übrigen Rechten und Verbindlichkeiten verschieden. Sie erlöschen somit durch alle Vorgänge, welche deren Tilgung gesetzlich begründen, somit durch alle in dem Satze 1234 bezeichneten Vorgänge, daher auch durch Erlassung. Ist nun jeder Sammtschuldner berechtigt durch seine, die Sammtschuld tilgende Handlung *) die

*) S. auch L.R.S. 1365.

übrigen Sammtschuldner zu befreien, so liegt darin gar nichts von den allgemeinen Rechtsgrundsätzen Abweichendes, wenn der L.R.S. 1285 sagt: „Wird einem der Sammtschuldner durch einen Vertrag die Schuld erlassen, „so sind alle übrigen frei, gegen welche der Gläubiger „sich seine Rechte nicht ausdrücklich vorbehalten hat." Es setzt dieser Satz aber natürlich immer voraus, daß der Gegenstand des Vertrags die Schuld war, somit nicht der Antheil eines einzelnen der Sammtschuldner. Wollte über die Schuld vertragen werden, so müßte sich der Gläubiger natürlich gegen einzelne der Sammtschuldner seine Rechte vorbehalten, wenn sie diesen gegenüber nicht ebenfalls erlöschen sollte.

Wenn aber ein Gläubiger einen seiner Sammtschuldner aus dem Schuldverhältnisse entläßt, was ohne oder mit einer Gegenleistung verbunden sein kann, so folgt aus diesem Vorgange noch nicht, daß der Gläubiger über die ganze Schuld habe vertragen wollen. Denn Verzichte werden nicht vermuthet, und sowie das Gesetz in Satz 1202 sagt, daß Sammtverbindlichkeiten nicht vermuthet werden, sondern ausdrücklich bedungen sein müssen, so darf wohl auch umgekehrt angenommen werden, daß die Erlöschung der Sammtverbindlichkeiten nicht vermuthet wird, sondern daß solche ausdrücklich bewilligt werden muß. Es kann vielmehr aus einem solchen Vorgang nur gefolgert werden, daß der Gläubiger „einem der Sammtschuldner eine Theilung nachgegeben" habe. Es steht dieser Vorgang jenem gleich, wenn der Gläubiger von einem der Sammtschuldner dessen gesonderten Antheil annimmt, ohne in der Quittung seine Sammtrechte namentlich, oder seine Rechte überhaupt vorzubehalten. Dadurch begibt er sich nur in Beziehung auf diesen Schuldner, nicht aber in Beziehung auf die übrigen Schuldner seiner Sammtrechte. Diesen übrigen Sammtschuldnern bleibt es dann allerdings vorbehalten, den Antheil des losgezählten Schuldners von der Summe ihrer Verbindlichkeiten abzuziehen. L.R.S. 1210. 1211.

Wendet man nun diese Grundsätze — wie dies im Wesentlichen das mittelrheinische Hofgericht in den Rechtsstreiten der Generalstaatskasse gegen Bacher und Genossen und Aschbach und Genossen und andern gethan hat — auf die Fiscalprocesse an, so ergibt sich vor Allem, daß die Einrede aus dem L.R.S. 1285 nicht dahin begründet werden konnte, daß der Fiscus den einzelnen Verpflichteten gegenüber, mit welchen er die Nachlaßverträge abschloß, über die ganze Schuld einen Nachlaß oder einen Verzicht ausgesprochen habe, eine solche Annahme würde geradezu dem gesunden Menschenverstande Hohn sprechen, vielmehr zeigen alle die zur Kenntniß des Gerichts gekommenen Verträge, wenn in deren Wortlaut auch nicht immer der Clausel: „vorbehaltlich der Rechte gegen die übrigen Verpflichteten" ausdrücklich Erwähnung gethan ist, gleichwohl mit aller Bestimmtheit, daß sowohl der Fiscus, der Gläubiger, als der andere Contrahent, einer der Sammtschuldner jeweils nur die Person des letzteren, und dessen Entlassung aus dem Schuldverhältnisse zum Gegenstand ihres Vertrages machen wollten und gemacht haben.

Ottendorff.

IV.

Die Nothwendigkeit der Erneuerung des Rechtstitels berührt nur die Beweiskraft des letztern (L.R.S. 710 f. c.) nicht aber die Wirksamkeit des Rechts selbst und dessen sonstige Beweismittel; auch kann die bezügliche Vorschrift auf die durch das Gesetz vom 28. Dec. 1831 aufgehobenen Frohnden ohnehin keine Anwendung finden.

Die Standesherrschaft Fürstenberg verlangte von der Gemeinde Sunthausen (Fürstenbergischem katholischem Theil) die Anerkennung einer unter dem Namen „Baufrucht" jährlich zu leistenden Abgabe von Feldfrüchten als Surrogat persönlicher Herrenfrohnden und die Ablösung dieser Abgabe auf den Grund des Gesetzes vom 28. Dec. 1831 (Regierungsblatt von 1832, S. 9). Die beklagte Gemeinde hatte in ihrer Vernehmlassung auf die erhobene Klage anerkannt, daß die fragliche Abgabe des Frohndsurrogats wenigstens seit 1800 oder 1795 bis 1831 entrichtet worden sei. Dazu kommt der Inhalt der von der klagenden Standesherrschaft vorgelegten Rechnungen, in welchen seit mehr als hundert Jahren die fragliche Abgabe unter „Einnahme" erscheint. Mit diesem Zustande harmonirten endlich die vorgelegten alten Urbarien aus dem 15. und 16. Jahrhundert, worin die fragliche Abgabe ebenfalls unter den Gefällen der klagenden Standesherrschaft aufgeführt ist. Ueberdies hatte die beklagte Gemeinde die Abgabe bereits in einem frü-

heren Processe als ein Surrogat für persönliche Herrenfrohnden anerkannt.

Von der Gemeinde wurde gegen die Klage vorgeschützt:

1) die Einrede der Erlöschung des fraglichen Rechts, da die klagende Standesherrschaft die über die Abgabe sprechenden Urkunden in der Frist von 30 Jahren nicht habe erneuern lassen, und

2) die Einrede, daß die Abgabe unter das Gesetz über die Aufhebung von Feudallasten vom 10. April 1848 (Regierungsblatt S. 107) falle.

In allen drei Instanzen hatte man jedoch dem Klagbegehren entsprochen. In den Entscheidungsgründen zum Urtheil des Hofgerichts des Seekreises ist in Bezug auf die oben erwähnten Einreden gesagt:

Unbegründet ist

ad 1) die Einrede der Erlöschung des fraglichen Rechts. Denn abgesehen von der Frage, ob die Bestimmung in L.R.S. 710 f. c., 710 bb. auch auf Frohndpflichtigkeiten sich bezieht, so darf das Erlöschen der Beweiskraft einer Urkunde nicht verwechselt werden mit einer gesetzlichen Vermuthung für das Erlöschen des Rechtes selbst. Eine solche Vermuthung hat das Gesetz an die Erlöschung der Beweiskraft der Beraine nicht geknüpft, es besteht daher das Recht ungeachtet der Erlöschung der Beweiskraft der Beraine fort, insofern die rechtmäßige Uebung auf andere Weise, z. B. wie hier durch verjährten Besitzstand, dargethan werden kann (vergl. oberhofg. Jahrb. n. F. X. S. 336). Ueberdies wurden die Herrenfrohnden im J. 1831 aufgehoben, daher von einer Erneuerung der hierüber sprechenden Urkunden und Beraine keine Rede mehr sein konnte und seit Einführung des Landrechts, d. h. seit dem J. 1810 waren bis zur Aufhebung der Herrenfrohnden noch nicht 30 Jahre umflossen.

Unbegründet ist ferner

ad 2) die Einrede, daß die fragliche Abgabe unter das Gesetz über Aufhebung von Feudallasten falle. Denn nach Art. 1 des allegirten Gesetzes werden nur solche Feudallasten für aufgehoben erklärt und besonderen Ablösungsgesetzen vorbehalten, über deren Beseitigung nicht schon besondere Gesetze ergangen sind. Ueber die Aufhebung der Herrenfrohnden ist aber im J. 1831 (Rgsbl. v. 1831, S. 9) ein besonderes Gesetz erlassen worden.

In den oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründen ist nach Anführung der oben erwähnten thatsächlichen Verhältnisse nur noch der Satz enthalten, wie er oben in der Ueberschrift wörtlich angegeben ist.

Hager.

V.

Zu L.R.S. 1521 a.

Die Ersatzverbindlichkeit der Ehefrau (vergleiche übrigens Jahrbücher n. F. 13. Band S. 96 ff.) kann im Ganturtheil nicht von Amtswegen ausgesprochen werden.

In einem Ganturtheil wurde der ihr Einbringen rückfordernden Ehefrau dasselbe zwar zuerkannt, jedoch mit dem Beisatze,

die Liquidantin sei schuldig, in Anwendung des L.R.S. 1521 a. den Antheil an den Schulden, die es sie trifft, soweit er aus dem errungenen Vermögen nicht bezahlt werden kann, aus dem rücknehmenden Vermögen den Gläubigern zu bezahlen.

Durch diesen ohne Antrag eines Gläubigers erlassenen Beisatz fühlte sich die Ehefrau beschwert, und appellirte.

Das Hofgericht des Unterrheinkreises (III. Senat) hielt ihre Beschwerde für gegründet. Die Entscheidungsgründe sprechen sich hierüber wie folgt aus:

„Abgesehen von der Frage, ob die thatsächlichen Voraussetzungen des L.R.S. 1521 a. hier, wo der Ehevertrag der Appellantin die gesetzliche Gütergemeinschaft feststellt und jeden Ehegatten die Summe von 20 fl. in dieselbe einwerfen läßt, vorhanden sind, war der Gantrichter zu der Aufnahme der angegriffenen Bestimmung in das Urtheil nicht berechtigt. Denn dieselbe enthält nicht etwa blos eine Minderung der Forderung der Appellantin auf den Grund gesetzlicher Vorschriften, sondern die Zuerkennung eines, einzelnen Gläubigern selbstständig zukommenden, Anspruchs, über welchen der Gantrichter nach Grundsätzen des Processes nicht ohne Antrag und Verhandlung erkennen durfte. (§. 336 der P.O.) Sie gehört überdies nicht in das Ganturtheil, da nicht die Gantmasse von dem Recht des L.R.S. 1521 a. Gebrauch machen kann, sondern dies nur einzelnen Gläubigern zukommt und zwar erst nach Beendigung der Gant, da sich erst dann entnehmen läßt, welche Gläubiger und in wieweit solche aus dem errungenen Vermögen nicht bezahlt werden konnten. Diese Bestimmung muß daher als nichtig aufgehoben werden."

Eff.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXI. | No. 15. | Mannheim, 8. April 1854.

I.

1) Inwiefern ist im Gantproceß eine Aenderung der Anmeldungsklagen zulässig?
2) Was ist unter der in einem Ehevertrag eingeräumten Besitzgerechtigkeit zu verstehen?
3) Kann von den Kindern in der Gant ihres Vaters das Begehren auf Vornahme einer endgültigen Erb- und Vermögens-Theilung gestellt werden und in welcher Weise?

Von dem Hofgericht des Seekreises wurde in der Gantsache des Löwenwirths Ketterer in Vöhrenbach durch Urtheil vom 4. Nov. d. J. das Ganturtheil des Bezirksamtes Villingen vom 23. August v. J., soweit dagegen appellirt worden, soweit es nemlich besagt:

III. Ordnung.

Die im Jahre 1846 geschehene Erbtheilung zwischen dem Gantmann und seinen Kindern sei blos für eine fürsorgliche zu erklären, und die Gantmasse als Vermögensvertreterin des Posthalters Ketterer schuldig, das in der Masse befindliche Vermögen einer endgültigen Theilung zu unterwerfen, und den Kindern die ihnen zufallenden in der Gantmasse befindlichen Vermögenstheile herauszugeben, oder für die nicht mehr vorhandenen Ersatz zu leisten, und seien die Kinder, soweit ihnen bei dieser Theilung aus der Vermögensverwaltung ihres Vaters, des Gantmanns, Ersatzansprüche liquidatione salva aus einem Grunde zustehen, hiermit aus dem in die Gantmasse fallenden Vermögen mit Vorrang vom 26. Februar 1846 zu befriedigen, dahin theils bestätiget, theils abgeändert:

Die im Jahre 1846 geschehene Erbtheilung zwischen dem Gantmann und seinen Kindern, Joseph, Adolph und Maria Ketterer, unter Vormundschaft des M. Straub, und Xaver Ketterer unter Pflegschaft des Xaver Schnell, sei blos für eine fürsorgliche zu erklären, und es sei das am Todestage der Ehefrau des Gantmanns vorhandene Vermögen einer endgültigen Theilung zu unterwerfen.

Die Gantmasse sei schuldig, den Kindern die ihnen zufallenden in der Gantmasse befindlichen Vermögenstheile herauszugeben, und seien die Kinder, soweit ihnen bei dieser Theilung aus der Vermögensverwaltung ihres Vaters, des Gantmanns, Ersatzansprüche liquidatione salva aus einem Grunde zustehen, hiermit aus dem in die Gantmasse fallenden Vermögen mit Vorrang vom 26. Februar 1846 zu befriedigen.

Gründe.

Gegenstand der vorliegenden Appellationsverhandlung ist diejenige Bestimmung des unterrichtlichen Ganturtheils, durch welche nach Verwerfung des von den Kindern des Gantschuldners in erster Reihe angemeldeten und auf die Theilung vom Jahre 1846 und einen Abrechnungsact vom Jahre 1848 gegründeten Anspruches dem eventuell gestellten Begehren derselben dahin entsprochen wurde, daß die Theilung vom Jahre 1846 blos für eine fürsorgliche, und die Gantmasse für schuldig erklärt wurde, das in der Masse befindliche Vermögen einer endgültigen Theilung zu unterwerfen und den Kindern die ihnen zufallenden in der Gantmasse befindlichen Vermögenstheile herauszugeben, oder für die nicht mehr vorhandenen Ersatz zu leisten, und daß die Kinder für berechtigt erklärt wurden, soweit ihnen bei dieser Theilung aus der Vermögensverwaltung ihres Vaters, des Gantmanns, Ersatzansprüche liquidatione salva aus einem Grunde zustehen, hiefür aus dem in die Gantmasse fallenden Vermögen mit Vorrang vom 26. Februar 1846 Befriedigung zu verlangen.

Bei Entscheidung der Frage, ob der appellantische Theil hiedurch beschwert sei, ist zunächst zu prüfen:

I. ob die eventuelle Anmeldung der Appellaten überhaupt noch zuzulassen oder ob sie nicht vielmehr als verspätet zurückzuweisen war; und zwar letzteres aus dem Grunde, weil in der Liquidationstagfahrt der von Xaver Ketterer selbst und von dem Vormunde der weiteren noch minderjährigen Kinder des Gantschuldners aufgestellte Anwalt nur eine bestimmte Geldforderung anmeldete, welche sich auf die Theilung von 1846 und den Abrechnungsact von 1848 gründete und weil die eventuelle Bitte, um Aufhebung dieser Theilung und Vornahme einer neuen erst später und zwar lange nach Verkündung des Präclusivbescheides und Ablauf der Wiederherstellungsfrist vorgetragen wurde.

Abgesehen nun von der Frage, ob nicht deßhalb, weil Anmeldungsklagen sowohl in Bezug auf ihre Begründung, als auch in Bezug auf die Verhandlung wie alle andern Klagen zu behandeln sind (§. 861, 881 der älteren Proceß-Ordnung); auch Nachträge und Aenderungen jeder Art so lange zuzulassen sind, als die Einlassung auf die Klage noch nicht erfolgt ist (§. 345 der älteren P.O.); in welcher Beziehung hier anzuführen ist, daß im vorliegenden Falle zwar alsbald nach der in der Liquidationstagfahrt erfolgten Anmeldung die Forderung und das Unterpfandsrecht im Allgemeinen (§. 881 der ältern P O.) widersprochen wurde, daß aber die specielle Einlassung auf die Klage erst erfolgte, nachdem der Anmeldung auch obige eventuelle Bitte nachgetragen war; abgesehen hievon, muß diese letztere jedenfalls deßhalb noch zugelassen werden, weil der Anwalt der Kinder deren Anspruch in der Liquidationstagfahrt nur bezeichnet, zur Begründung desselben aber sich eine weitere, ihm gestattete Frist vorbehalten hat, und weil das nachgetragene Begehren, ebenso wie das in der Liquidationstagfahrt gestellte nur diejenigen Rechte zum Gegenstand hat, welche den Liquidanten nach dem Tode ihrer Mutter aus der zwischen dieser und dem Gantschuldner bestandenen Gemeinschaft gegen den letzteren zustehen.

Hiernach ist dann weiter zu prüfen:

II. ob dem Begehren der Appellaten, daß die Theilung vom Jahre 1846 nur für eine fürsorgliche erklärt und eine neue Theilung vorgenommen werde, mit Recht entsprochen worden ist, oder ob nicht aus materiellen Gründen eine Abweisung desselben hätte erfolgen sollen, und in dieser Beziehung ist anzuführen:

Der Gantschuldner lebte mit seiner am 26. Februar 1846 verstorbenen Ehefrau, der Mutter der Liquidanten, in allgemeiner Gütergemeinschaft und hatte nach dem Ehevertrage außer der ihm gehörigen Hälfte des Gemeinschaftsvermögens noch einen Kindstheil an der anderen Hälfte als Erbe anzusprechen; ausweislich der Theilungsacten sind aber die Liegenschaften nicht getheilt, beziehungsweise gerichtlich versteigert, sondern insgesammt, sowie auch sämmtliche Fahrnisse dem Gantschuldner zugeschieden und sind dessen Kinder durch Zuweisung ausstehender Forderungen befriedigt worden.

Die Theilung ist also nicht nach den gesetzlich festgestellten Regeln (L.R.S. 837 ff. 1476) vorgenommen worden und gilt nach L.R.S. 840 nur als eine fürsorgliche, sofern nicht ein Recht des Vaters nachgewiesen werden kann, die Zuscheidung sämmtlicher Liegenschaften auf seinen Gemeinschafts- und Erbtheil zu verlangen.

Dieses Recht will nun im vorliegenden Falle aus dem §. 7 des Ehevertrags des Gantschuldners vom 7. Januar 1826 abgeleitet werden, welcher bestimmt:

„die Besitzgerechtigkeit betreffend, soll dieselbe dem überlebenden Ehetheil gebühren und zukommen,"

allein ohne rechtlichen Grund.

Dafür, daß etwa in der Gegend, in welcher der Gantschuldner sich verheirathete, und zur Zeit, da dieses geschah, nach dem üblichen Sprachgebrauche unter der dem überlebenden Ehegatten eingeräumten Besitzgerechtigkeit das Recht verstanden worden sei, bei dereinstiger Theilung sämmtliche Liegenschaften ohne Rücksicht auf Zahl und Art zu übernehmen, in welchem Falle man annehmen konnte, daß auch der Gantschuldner und seine Ehefrau bei Abschluß des Ehevertrags durch die Wahl der gebrauchten Ausdrücke die Absicht, sich gegenseitig obiges Recht zu gedingen, ausgesprochen haben, dafür liegt gar kein Anhaltspunkt vor, vielmehr spricht die Auffassung der Localbehörden jenes Bezirkes dagegen, indem das Amts-Revisorat diese Frage für zweifelhaft erachtete und die Verwaltungsbehörde sie verneinte.

Es muß deßhalb die fragliche Bestimmung des Ehevertrages nach dem in unseren Gesetzen und Verordnungen eingehaltenen Sprachgebrauche ausgelegt werden, und hiernach ist unter der im Ehevertrage dem überlebenden Ehegatten eingeräumten Sitzgerechtigkeit das der im deutschen Privatrechte üblichen Communio bonorum

prorogata theilweise noch entsprechende Recht zu verstehen, daß auf dem Hofgute, welches ein Ehegatte einbringt, beziehungsweise auf demjenigen Complere von Liegenschaften, auf welchen die Ehegatten sich verheirathen, und dessen Umtreibung sie zur Zeit der Eingehung der Ehe als ihren Lebensberuf vorausgesehen hatten, der überlebende Theil als Gemeinschaftsgenosse auf Lebenslang oder auf gewisse Zeit nutznießlich sitzen bleiben dürfe.

(Rechtsbelehrung v. 3. März 1810, Reg.-Bl. S. 82.)

Auch wenn man etwa deßhalb, weil in dem Ehevertrage dem überlebenden Ehegatten noch ein Erbtheil an der dem vorabsterbenden Gatten gehörigen Gemeinschaftshälfte zugesichert worden ist, unterstellen wollte, daß durch die Einräumung der Besitzgerechtigkeit dem überlebenden Theile dasjenige Recht verschrieben werden wollte, welches unter demselben Namen von einem Miterben beim Dasein gewisser Voraussetzungen angesprochen werden kann, so hätte derselbe hiernach nur das Recht, diejenige Liegenschaft, oder den Compler von Liegenschaften, welche nach gesetzlicher Bestimmung untheilbar sind, um den sogenannten kindlichen Anschlag zu Eigenthum zu übernehmen.

Weder nach der einen, noch nach der andern Auslegung war aber durch die Bestimmungen des Ehevertrags ein Recht des Gantschuldners begründet, das Eigenthum an allen und sämmtlichen Liegenschaften, die in so großer Zahl und vielfacher Art errungen worden sind, zu seinem Gemeinschafts- und Erbtheil zu begehren, die Einwilligung der Vertreter seiner minderjährigen Kinder ist unerheblich, weil sie von der Obrigkeit nicht ermächtigt worden sind, einem die Berechtigung des Vaters übersteigenden Anspruche auf die Liegenschaften nachzugeben (L.R.S. 464), weil vielmehr das Bezirksamt die Theilung nur als eine fürsorgliche genehmigt hat, und hiernach ist denn dem Begehren der Liquidanten, daß die Theilung nur als eine fürsorgliche erklärt und eine neue Theilung vorgenommen werde, von dem Unterrichter mit Recht entsprochen worden.

Uebrigens versteht es sich von selbst, daß um die Ansprüche der Liquidanten an die Gantmasse festzustellen, nicht das Vermögen der jetzigen Gantmasse, sondern das am Todestage der Ehefrau des Gantschuldners vorhandene Gemeinschaftsvermögen unter gleichzeitiger Berücksichtigung der damals darauf haftenden Schulden einer gesetzlichen Theilung zu unterwerfen ist, und insofern das Ganturtheil in dieser Beziehung etwas anderes bestimmt, oder zu bestimmen scheint, muß dasselbe abgeändert, beziehungsweise erläutert werden. Was nun

III. die allgemeinen Bestimmungen über die Ansprüche der Liquidanten an die Gantmasse betrifft, so ist

a) außer Zweifel, daß sie diejenigen Vermögenstheile, welche bei der endgültigen Theilung ihnen zugeschieden werden, und noch in der Gantmasse sich vorfinden, kraft Eigenthumsrechtes vindiciren können, und daß die Gantmasse schuldig ist, dieselben ihnen herauszugeben.

b) Dagegen ist der Anspruch rechtlich unbegründet, daß die Gantmasse für schuldig erklärt werde, für alle den Liquidanten zugeschieden werdenden Vermögenstheile, welche nicht mehr vorhanden sind, unbedingt Ersatz zu leisten, denn nur insoweit, als der Gantschuldner nach den gesetzlichen Bestimmungen über die Verwaltung und Verantwortlichkeit des Vormundes seinen minderjährigen Kindern ersatzpflichtig erscheint; ist auch der Gantmasse gegenüber ein solcher Ersatzanspruch begründet; und derselbe fällt daher

c) mit dem weiteren Anspruche in eines zusammen, daß die Kinder, soweit ihnen bei der Theilung aus der Vermögensverwaltung ihres Vaters Ersatzansprüche zustehen, hiemit aus dem in die Gantmasse fallenden Vermögen zu befriedigen seien und zwar mit gesetzlichem Unterpfandsrechte vom Tage der angenommenen Vormundschaft an.

Daß aber dieser Anspruch rechtlich begründet sei, bedarf nach L.R.S. 450, 2135[1] keiner weitern Ausführung, und da das Unterpfandsrecht, welches solchen Forderungen gesetzlich zusteht, auch uneingetragen wirksam ist, so erscheint die Beschwerde der Appellanten, welche lediglich darauf gegründet wird, daß sie den ältesten Eintrag auf die in der Gemarkung Vierthäler gelegenen Güter haben, als unbegründet.

Haager.

II.

Finden die Bestimmungen des Strafgesetzbuches über Bestrafung der Rückfälle auch auf Accis- und andere Steuervergehen oder auf Forstfrevel Anwendung?

1) Diese Frage wurde von dem Hofgericht des Seekreises in der Anzeigesache gegen Wirth Seb. Rennwarth von Ueb. wegen Wein-Accis- und Ohmgeld-Defraudation verneint. Die hofgerichtlichen Entscheidungsgründe lauten:

Obgleich der Angeklagte schon im Jahr 1840 wegen Accis- und Ohmgelds-Defraudation gestraft worden ist, also jetzt der zweite Fall dieses Vergehens vorliegt, so hat ihn das großh. Bezirksamt Ueberlingen doch nicht nach Vorschrift der Accis- und Ohmgeldsordnung in eine dem achtfachen Betrage, sondern nur in eine dem vierfachen Betrage der unterschlagenen Abgabe gleichkommende Geldstrafe verurtheilt. Der Unterrichter hat nämlich den §. 202 des Strafgesetzes vom 6. März 1845 angewendet, wornach der Ablauf von 5 Jahren von der Verkündung des früheren Urtheiles an die Wirkung hat, daß das nach dieser Zeit wiederholt begangene Verbrechen nicht mehr als Rückfall bestraft wird.

Die dagegen ausgeführte Beschwerde der großh. Obereinnehmerei Ueberlingen erscheint aber als gegründet.

Das Strafgesetzbuch vom 6. März 1845 ist kein allgemeines für alle strafbaren Handlungen geltendes Gesetz; namentlich bleiben neben demselben nach §. 5, No. 5 des Gesetzes vom 5. Februar d. J. die Gesetze und Verordnungen über Bestrafung der Accis- und andern Steuervergehen fortbestehen. Die Entscheidung für den vorliegenden Fall ist deßhalb aus der Accis- und Ohmgeldsordnung zu schöpfen.

Diese bestimmt aber, daß der Schuldige im zweiten Defraudationsfall mit dem achtfachen und im dritten mit dem zwölffachen Betrag der unterschlagenen Steuer bestraft werden soll, ohne Rücksicht darauf, ob ein kürzerer oder längerer Zeitraum zwischen der frühern und spätern Defraudation in der Mitte liegt. Da nun das hier geltende besondere Gesetz in dieser Beziehung keine gleiche Bestimmung wie der §. 202 des Strafgesetzes vom 6. März 1845 enthält, und die wiederholte Begehung einer Defraudation immerhin eine Wiederholung bleibt, wenn auch ein großer Zwischenraum zwischen beiden Defraudationsfällen in der Mitte liegt, so folgt daraus, daß bei dem Mangel einer andern positiven Bestimmung die auf den zweiten Defraudationsfall gesetzte Strafe des achtfachen Betrags der unterschlagenen Steuer ausgesprochen werden muß.

Eine Anwendung des §. 202 des Strafgesetzes auf die Rückfälle bei Steuervergehen erscheint auch aus dem Grunde als unstatthaft, weil jene Bestimmung eine singuläre nicht auf allgemeinen criminalrechtlichen Grundsätzen beruhende ist, und weil das Strafgesetz andere Bestimmungen bezüglich der Verjährung der Verbrechen und Strafen und der damit in Verbindung stehenden Bestrafung des Rückfalles enthält und auf andern criminalrechtlichen Grundsätzen beruht, als dieses bei den Strafbestimmungen der Steuergesetze der Fall ist.

2) Dagegen hat großh. Oberhofgericht in Uebereinstimmung mit dem Hofgerichte des Seekreises obige Frage in der Untersuchungssache gegen Joh. Endres von M. wegen Holzfrevels bejaht. In den oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründen ist gesagt:

Insofern der Angeschuldigte und zwar in Uebereinstimmung mit der hierwegen adhärirenden großh. Staatsbehörde in der Rekursinstanz sich darüber beschwert, daß der in Frage stehende Frevel als ein Rückfall bestraft worden sei, obgleich der Angeschuldigte wegen des hiebei eingerechneten frühern Frevels nicht als Urheber, sondern durch Urtheil des großh. Bezirksamtes Pfullendorf vom 22. December 1851 nur wegen Beihülfe gestraft worden sei, so erscheint diese Beschwerde nicht begründet.

Es ist zwar richtig, daß nach §. 5 des Gesetzes vom 5. Februar 1851 die besonderen Gesetze über die Bestrafung der Forstfrevel (R.B. 1834, No. II. und R.B. 1845, No. VI.) durch das neue Strafgesetz nicht aufgehoben sind. Diese besondern Gesetze entscheiden aber gar nicht die Frage, welche quantitative Thätigkeit bei Verübung eines Frevels, ob nur die eines Urhebers oder auch die eines Gehülfen einen späteren Frevel zu einem Rückfall machen. Sie überlassen vielmehr die Beantwortung dieser Frage den allgemeinen strafrechtlichen Grundsätzen über den Rückfall. Hiernach aber und da nach dem oben allegirten §. 5 des Gesetzes vom 5. Februar 1851 die besonderen Gesetze über die Forstfrevel neben dem neuen Strafgesetz in Geltung bleiben, ist §. 184 des St.G. maßgebend, welcher auch eine frühere bloße Beihülfe zu einem Vergehen, die spätere Verübung desselben Vergehens durch den wegen Beihülfe schon Bestraften als einen Rückfall ansieht, damit übrigens auch keine neue exceptio-

nelle Bestimmung, wie sie die Rekursvernehmlassung nennt, trifft, sondern den auch schon vor Einführung des neuen Strafgesetzes, namentlich schon bei Erlassung der Forstfrevelgesetze von 1834 und 1845 in Geltung gewesenen aus allgemeinen strafrechtlichen Principien folgenden Satz ausspricht, daß beim Gehülfen ebenso wie beim Urheber eines Vergehens die nämliche Richtung des Willens und der nämliche Hang zur Uebertretung des Strafgesetzes, also der einzige Grund vorhanden sei, aus welchem der Rückfall überhaupt mit größerer Strafe bedroht wird (vergl. landständ. Verhandl. der 2. Kammer von 18³⁹/₄₀, sechstes Protokollheft, Seite 118, 119).

Diese letztere Entscheidung scheint nicht richtig zu sein. Das Gesetz vom 6. März 1845 im R.B. No. 6 wurde zwar gleichzeitig mit dem neuen Strafgesetzbuch erlassen und verkündet. Und daraus könnte gefolgert werden, daß die allgemeinen strafrechtlichen Grundsätze auch auf Forstfrevel Anwendung finden sollen. Allein das Gesetz vom 6. März 1845 enthält nur Zusätze und Abänderungen des Forststrafgesetzes von 1833. Es müssen daher jene Zusätze und Abänderungen mit dem Forststrafgesetz von 1833 und mit den dazumal herrschenden allgemeinen strafrechtlichen Principien in Einklang gebracht werden. Nun aber hatte im J. 1833 der Satz noch keine allgemeine Geltung gefunden, daß die Fälle der Beihülfe bei den Rückfällen aufgerechnet werden müssen. Im Gegentheile ist man in der Praxis fast immer darauf bestanden, daß die frühere That ein untersuchtes vollendetes Verbrechen sein mußte, um die neue That zum Rückfall zu machen; wie auch von dem Abg. Sander in der Sitzung der 2. Kammer vom 31. März 1840 bezeugt ward (verg. VI. Protokollheft der Verhandl. der 2. Kammer von 18³⁹/₄₀, S. 117). Und von den Theoretikern Welker und Rotteck wurde die Richtigkeit jenes Satzes in der Sitzung der 2. Kammer vom 28. März 1840 bestritten (verg. VI. Protokollheft, S. 79 – 82). Abgesehen davon, so hat man bei der Discussion über den Gesetzesentwurf, die Abänderungen des Forstgesetzes betreffend, ausdrücklich anerkannt, daß man bei der Bestrafung des Rückfalls in dem Forstgesetze, also in dem Partikulargesetze, nicht von denselben Voraussetzungen ausgehen kann, von denen man in dem Strafgesetzbuch ausgegangen ist (vergl. XI. Protokoll der Verhandl. der 2. Kammer von 18⁴³/₄₄, S. 40 ff.). Es bestimmt auch der §. 168 des abgeänderten Forstgesetzes: „Derjenige, welcher wegen eines Entwendungsfrevels an stehendem Holze, an Harz oder Rinde, oder eines Frevels durch Beschädigung oder auch wegen eines an Forsterzeugnissen verübten gemeinen Diebstahls verurtheilt wurde und sich innerhalb Jahresfrist, von der Zeit der erfolgten Aburtheilung eines neuen Frevels der bezeichneten Art schuldig macht, wird als rückfällig gestraft." Weder in dem Gesetz vom 6. März 1845 noch im Forstgesetz von 1833 ist also bestimmt, daß bei Forstfreveln die Beihülfe und der Versuch einen Rückfall begründe, daher dies in das Forststrafgesetz auch nicht hineininterpretirt werden darf. Haager.

III.

Ueber Verweisungen.

Indem ich an meine früheren Betrachtungen in diesem Betreffe, Annalen XIX. S. 148, und XX. S. 238 u. ff. anknüpfe, muß ich vor allem erwähnen, daß in der Lösung der einschlagenden Fragen durch die Abhandlung in den oberhofgerichtlichen Jahrb., n. F., XIII, S. 228 u. ff. ein großer Fortschritt geschah.

Wenn wir einen dem in Annalen XX S. 238 mitgetheilten ähnlichen Fall an den Maßstab dieser Abhandlung legen, so ergibt sich

1) daß die Zusendung eines Verweiszettels an den Gläubiger und dessen Annahme keine Anweisung an Zahlungsstatt bewirkt, sondern nur eine Schuldüberweisung nach L.R S. 1275, — eine Nachricht an den Gläubiger, daß sein Schuldner einem Dritten, — dem Käufer, — den Auftrag gegeben habe, ihn zu bezahlen; —
2) daß der Gläubiger mit einer solchen Verweisung auf den Grund des zu seinen Gunsten zwischen dem Schuldner und dem Dritten (Käufer) getroffenen Uebereinkommnisses nach L.R.S. 1121 Klage erheben könne;
3) daß aber die Anstellung einer Klage gegen den überwiesenen Schuldner den ursprünglichen Schuldner nicht befreie, weil eine Schuldüberweisung keine Rechtswandlung bewirke. —

Wenn nun auch verschiedene Controversen abgeschnitten sind (ich verweise nur auf die Jahrb. IX. S. 220 und 309 und S. 542 und 309, und Annalen XVIII. S. 43), so wird es sich doch noch immer fragen

a) auf welchen Rechtstitel der Gläubiger die Klage gegen den ihm überwiesenen Schuldner zu bauen habe; — ob er insbesondere sagen und das Begehren dahin stellen könne, der Beklagte solle für schuldig erklärt werden, ihm, dem Kläger, den überwiesenen Kaufschilling (mit dem daran haftenden Vorzugsrechte, was vielmal die Hauptsache ausmacht) zu bezahlen *)?

b) ob nicht in dem Umstande, daß der Gläubiger statt des ursprünglichen Darleihens nur Kaufschilling anspricht, eben doch eine Rechtswandlung liege nach L.R.S. 1271[1] **)?

Daß das Vorzugsrecht als Accessorium nicht für sich allein geltend gemacht werden könne, wird für sich klar sein.

Um hierüber wo möglich Aufklärung zu veranlassen, erlaube ich mir hier die schon früher allegirte Belehrung großh. Bezirksamtes Triberg wörtlich wiederzugeben, und daran einen Ausspruch großh. Hofgerichts anzuknüpfen, welcher mit jener Belehrung in directem Widerspruche steht, — ein Umstand, der gewiß meinen Wunsch um Lösung obiger Fragen zur Vermeidung von widersprechender Entscheidungen rechtfertigen wird.

Belehrung.

„No. 10,498. Wir haben die Wahrnehmung gemacht, daß in mehreren Ganten, deren Vermögensmassen aus Uebergaben herrühren, Forderungen, die aus Darleihen, Kauf von Fahrnissen und dergleichen Rechtsgeschäften entstanden, und denen ein Vorzugsrecht an und für sich nicht zusteht, angemeldet, und dafür die dem Kaufschillinge zustehende Vorzugsrechte blos aus dem Grunde angesprochen wurden, weil diese Forderungen bei der Vermögensübergabe von dem Uebergeber an den Uebernehmer übertragen und diesem als Abzahlung des Kaufschillings zugewiesen wurden, und weil dann die Gläubiger der Meinung waren, ihre Forderungen seien selber Theile des Kaufschillings geworden, zu ihrer Bestürzung sahen dann diese Gläubiger, daß sie mit diesen ihren Forderungen durch unter- und oberrichterliche Erkenntnisse unter die vorrechtlosen Gläubiger geworfen werden, und häufig bedeutende Verluste erleiden, — während sie bis dahin im Vertrauen lebten, eine ganz gesicherte Forderung zu besitzen. Jene aus Unkenntniß des Gesetzes entstandene Ansicht der Gläubiger ist aber irrig, weil durch die bloße Anweisung des Uebergebers an den Uebernehmer, bei welcher der Gläubiger nicht einmal mitwirkt, durchaus keine Rechtswandlung im Sinne des Gesetzes entsteht, und der ursprüngliche Rechtstitel, Darleihe, Kauf von Fahrnissen u. s. w. immer derselbe bleibt und die frühere Schuld nicht in eine andere verwandelt wird. — In Folge mehrerer solcher Verluste und um weitern Verlusten vorzubeugen, sehen wir uns verpflichtet, die Einwohner des Bezirks auf diese irrige Ansicht aufmerksam zu machen, damit sie noch bei Zeiten durch eine Rechtswandlung im gesetzlichen Sinne sich ein Vorzugsrecht, oder aber doch ein bedungenes oder ein richterliches Pfandrecht verschaffen können. — Zur Warnung der betreffenden Gläubiger ergeht nun diese Belehrung. Triberg, den 20. Aug. 1850. Großh. Bezirksamt."

Dem entgegen hat großh. Hofgericht in Freiburg zu einem Beweiserkenntnisse vom 30. Juni 1853 in seinen Entscheidungsgründen gesagt:

„Wenn das Vorzugsrecht des Verkäufers bei der Versteigerung der Liegenschaften des Franz Gehring und dem Erwerb derselben durch Joseph Burger, durch Grundbuchseintrag gewahrt, der Kaufschilling als auf Verweisung zahlbar bezeichnet, und sodann der Rechtsvorfahrer des Klägers als Gläubiger des Franz Gehring auf den Kaufschilling an Joseph Burger verwiesen wurde, so hat derselbe gemäß L.R.S. 1121, 1134, 1160, 1689 ff. 2095, 2108, 2112, 2134 ein Vorzugsrecht anzusprechen,

---

*) Die Klage kann einzig und allein auf die Verweisung oder Schuldüberweisung gebaut werden, weil ja der Unternehmer nur aus diesem und keinem andern Titel an den Gläubiger zu zahlen hat. Durch die Verweisung ändert sich die Natur der Forderung des Gläubigers überall nicht. Sie wird keinenfalls darum zu einer bevorzugten, weil der Uebernehmer, welcher sie zahlen soll, einen Kaufschilling an den Uebergeber schuldet. Wenn also die Forderung an den Uebergeber aus einem Darlehen herrührt, so kann der Gläubiger keinen Kaufschilling, als bevorzugten Anspruch, gegen den Uebernehmer einklagen, da nur durch die Cession des Kaufschillings von dem Uebergeber an den Gläubiger der letztere auch das damit verbundene Vorzugsrecht erwirbt. L.R.S. 1692, 2112. Vergl. Annalen XXI. 81 ff.

Hiernach möchte die Richtigkeit der Triberger Belehrung nicht zu bezweifeln sein. D. R.

**) Diese Frage erledigt sich schon durch die verneinende Beantwortung der vorigen. Im Uebrigen wird es kaum der Bemerkung bedürfen, daß durch einseitige Handlungen des einen Interessenten, wie z. B. durch die Klage des Gläubigers für sich allein, keine Rechtswandlung zu Stande gebracht werden kann. D. R.

daß den betreffenden Liegenschaften in dritte Hand folgt (L.R.S. 2166) und dem erst später eingetragenen bedungenen Pfandrechte des Beklagten vorgeht. H.

IV.

Der vom Vormunde ohne obervormundschaftliche Ermächtigung bewirkte Verkauf einer durch Unterpfand gesicherten Forderung des Mündels ist rechtsgültig.

Die freiherrlich von Mainau'sche Vormundschaft erhob gegen die Sparkasse Konstanz eine Klage des Inhalts: Zu dem ererbten Vermögen der klagenden Minderjährigen habe eine durch liegenschaftliches Unterpfand gesicherte Darleihensforderung an die Ludwig Turner'schen Eheleute zu Aach im Betrage von 1200 fl. gehört. Diese sei von einem früheren Vormund, Konrad Kazenmayr, gegen baare Auszahlung des Werths an die beklagte Sparkasse cedirt worden, ohne daß derselbe den erhaltenen Cessionspreis dem Mündelvermögen ersetzt habe, und ohne daß er zu der Cession obervormundschaftlich ermächtigt gewesen sei. Es sei daher die Rechtsübertragung nichtig, und die Beklagte verpflichtet, die von Konrad Katzenmayr empfangene öffentliche Schuld- und Pfandurkunde herauszugeben. Der Unterrichter verwarf diese Klage aus formellen Gründen, nemlich wegen einiger Klagänderungen, das großh. Hofgericht des Seekreises erkannte zwar durch Urtheil vom 22. November v. J. bestätigend, allein es stützte seine Entscheidung darauf, daß der klägerische Anspruch selbst unbegründet sei. Das großh. Oberhofgericht kam nicht in die Lage, sich über diese Frage auszusprechen, da es die angemeldete Oberberufung durch Beschluß vom 13. Februar l. J. für verfallen erklärte.

Hofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Da Konrad Kazenmayr als früherer Vormund des klagenden Theils die angefochtene Rechtsübertragung gemacht hat, so ist die erhobene Klage verwerflich, denn sie stützt sich nicht etwa auf besondere, diesem Vormund von den Betheiligten oder von der Behörde für seine Geschäftsbesorgung auferlegte Beschränkungen, sondern auf die allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen über die Rechte des Vormunds. Nun handelt es sich hier nach dem Klagvortrage um eine Cession gegen Empfangnahme des Werths, also um einen Verkauf.

Zufolge L.R.S. 457 bedarf der Vormund der obervormundschaftlichen Ermächtigung nur zu einer Veräußerung von liegenden Gütern des Mündels. Was hierunter begriffen ist, muß man gemäß L.R.S. 516b entnehmen aus den Bestimmungen von Buch II., Titel I., Kapitel 1 und 2 des Landrechts. Verbindet man L.R.S. 526a und L.R.S. 529, und erwägt man, daß die cedirte Forderung vollkommen ablöslich ist, so zeigt sich, daß dieselbe zu den beweglichen Gütern gehört, obwohl sie durch Unterpfand auf Liegenschaften gesichert ist. Zwar scheint es, daß die Begriffsbestimmung des Pfandrechts in L.R.S. 2114 damit in Widerspruch steht, allein das Pfandrecht ist nur ein Sicherungsmittel, eine Nebensache der Forderung, und kann deren Natur nicht ändern. Diese Ansicht wird auch ganz übereinstimmend von den bewährtesten Autoritäten getheilt, nemlich von Brauer, Erl. Bd. I. S. 382, Bem. 16, Zachariä, F.C.R. IVte. und Anschütz'sche Ausgabe, B. I. §. 171 vor und in Note 8. Bekk, Dingl. Rechte S. 29 vor und in Note*. Renaud, Kr. Zeitschrift für R.W. und Gg. des Auslands. Bd. 23, S. 238 vor und in Note 18. — Troplong, contrat de mariage, Belg. Ausg. Bd. I. No. 713. — Demzufolge bedarf der Vormund zur Veräußerung einer unterpfändlich gesicherten Darleihensforderung nicht der obervormundschaftlichen Ermächtigung. Zachariä, §. 113 Note 1. — Allerdings darf der Vormund nicht den Eintrag eines Pfandrechts des Mündels streichen lassen, wenn nicht die dadurch gesicherte Forderung an ihn bezahlt worden ist (Lauckhard, Rechtsfälle, Bd. I. S. 407. Gilbert, cod. ann. Note 3 zu Art. 457. Zachariä, §. 113 Note 10), allein dieß hat hier keine Anwendung, weil von der Unstatthaftigkeit eines solchen Verzichts auf das Pfandrecht, kein Schluß erlaubt ist bezüglich des Verkaufs der Forderung, welcher vielmehr dem Einzuge der Forderung gleichkommt, solcher aber dem Vormund unzweifelhaft gestattet ist.

Dennoch wurde die Cession ohne Grund angefochten.

Nach dieser, wie mir scheint, unzweifelhaft richtigen Ansicht sind die Minderjährigen sehr gefährdet, da heut zu Tage das Kapitalvermögen die Hauptsache, und dieses ganz der Willkür des Vormunds preis gegeben ist. Die Pflicht zur Rechnungsablage, wie sie L.R.S. 469, 470 vorschreibt, gewährt hiergegen durchaus keinen genügenden

Schutz, da große Zwischenräume gestattet, und Täuschungen möglich sind. Weit vorsichtiger ist das gemeine Recht, welches dem Vormund in der Regel jede Veräußerung des beweglichen und unbeweglichen Mündelguts ohne obrigkeitliche Einwilligung verbietet, und den Empfang von Kapitalzahlungen einer Veräußerung gleichstellt. Renaud, deutsches Privatrecht, Bd. I. §. 229. Thibaut, Pandekten-System. 8te Ausg. §. 414. — So lange bei uns die Gesetzgebung keine Abhülfe gewährt, sollten die Vormundschaftsbehörden jegliche Vorsicht anwenden, um die Mündel vor Schaden zu bewahren, z. B. durch Aufnahme besonderer Gedinge in die Schuld- und Pfandurkunden, genaue Ueberwachung der Vormünder u. dgl. m.

Dr. Puchelt.

V.

Zur Auslegung des §. 4 des Jagdgesetzes vom 2. December 1850.

(R.B. No. 58, S. 408.)

Nach dem Commissionsbericht über den Entwurf eines Jagdgesetzes vom J. 1850

1) waltet in diesem Gesetze der Grundgedanke vor, daß das Jagdrecht in der Regel durch die Gemeinde innerhalb ihrer Gemarkung mittelst Verpachtung ausgeübt werden solle und zwar in einer Weise, durch welche die Güterbesitzer im Betrieb ihres Landbaues vor Wildschaden in dem Maße geschützt werden, daß ein Gesetz über denselben nicht mehr nothwendig ist;
2) war ferner der Hauptzweck der Aufhebung der Jagdgerechtigkeit nicht der, das Jagdrecht dem Grundeigenthümer zuzuwenden, sondern vielmehr der, eine Ausübung der Jagd möglich zu machen, welche dem Landbau den nöthigen Schutz vor Wildschaden gewährt.

Beilage No. 1 zum Prot. der 36. öffentlichen Sitzung der 2. Kammer vom 17. October 1850.

Deßhalb wurde in §. 2 des Jagdgesetzes die Regel an die Spitze gestellt, die Ausübung der Jagd innerhalb der Gemarkung geschehe durch die Gemeinde. Ebendaselbst wurden aus demselben Grunde die in den §§. 4—8 des Gesetzes enthaltenen Abweichungen von dieser Regel als Ausnahmen bezeichnet.

In §. 4 ist nemlich der Eigenthümer zusammenhängender Grundstücke von mindestens 200 Morgen Flächengehalt zur Selbstausübung der Jagd unter Ausschließung der Gemeinde für berechtigt erklärt. Daß aber auch hier nur von Grundstücken in der Gemarkung einer einzelnen Gemeinde und nicht von dem Besitz zusammenhängender Grundstücke ohne Rücksicht auf die Gemarkung, in der sie liegen, die Rede ist, kann einestheils daraus entnommen werden, daß in dem §. dem Eigenthümer anheimgegeben ist, die Ausübung der Jagd der Gemeinde zu überlassen, — dann aber auch daraus, daß in §. 9 des Jagdgesetzes und in §. 2 der Vollzugs-Verordnung — dem §. 2 des Gesetzes entsprechend — als Regel festgestellt ist, daß die Gemarkung den Jagdbezirk bilde, endlich aus der Bestimmung des §. 2 der Vollzugs-Verordnung, daß wenn ausnahmsweise Grundstücke außerhalb mit solchen innerhalb der Gemarkung zu einem Jagdbezirk vereinigt werden wollen, hierzu Genehmigung des Amts erwirkt werden müßte.

Der §. 4 des Jagdgesetzes setzt hiernach voraus, daß der bezeichnete Flächengehalt in einem und demselben Jagdbezirke liege, d. h. entweder in derselben Gemarkung (natürlicher Jagdbezirk) oder wenn auf verschiedenen Gemarkungen — in einem, ausnahmsweise aus Grundstücken in verschiedenen Gemarkungen durch die Behörden gebildeten (künstlichen) Jagdbezirk.

Eis.

VI.

Entschädigungsklage gegen das Pfandgericht wegen zu hoher Schätzung der Unterpfandsstücke.

Zur Begründung der Forderung des Ersatzes eines dem Gläubiger aus der Unrichtigkeit des Pfandschreibereizeugnisses zugegangenen Schadens ist nach

L.R.S. 2137a, Ziff. 3,

und §. 14 der Pfandschreiberei-Ordnung erforderlich:

1) Die Angabe der vor der Taxation seit Jahr und Tag üblichen Verkaufspreise, mithin die Bezeichnung der in jener Periode an dem betreffenden Orte abgeschlossenen Liegenschaftsverkäufe und der dabei erzielten Erlöse;
2) die Angabe, welcher dieser Verkäufe der verhältnißmäßig billigste war;
3) die Behauptung, daß nach dem Verhältnisse des bei diesem letzten Verkaufe erzielten Erlöses zu dem betreffenden Kaufobjecte die einzelnen abgeschätzten Güter bei einem Verkaufe eine erheblich geringere Summe, als die in der Schätzung angegebene, abgeworfen hätten.

J. B. n. F. XII. S. 181.

Eis.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXI. No. 16. Mannheim, 15. April 1854.

I.

Zehntablösungsgesetz.

Wenn vor Verkündung des Zehntablösungsgesetzes ein Zehnte durch Uebereinkunft des Berechtigten und der Pflichtigen in eine ständige Zehntrente in Naturalien oder in Geld verwandelt worden ist und dieses Zehntsurrogat später zur Ablösung kommt, haben alsdann die Zehntpflichtigen ein Recht auf den Staatszuschuß zum Ablösungskapital?

Diese Frage wurde vom großh. Finanzministerium verneint, weil in einem solchen Fall der Zehnte die Natur einer Gült angenommen, das Zehntablösungsgesetz aber nur solche Gefälle begreife, welche nach Zehntrecht zu beurtheilen seien.

Gegen diese Entscheidung scheinen jedoch folgende Momente zu sprechen:

Der §. 1 des Zehntablösungsgesetzes erklärt allen Zehnten von land- und forstwirthschaftlichen Erzeugnissen für ablösbar und unterscheidet nicht, ob der Zehnte in natura erhoben wird, oder ob die Leistung in eine ewige Zehntrente verwandelt worden ist. Vielmehr genügt zur Anwendung des Zehntablösungsgesetzes vollkommen, daß die Berechtigung, welche durch die Ablösung beseitigt werden soll, eine Zehntberechtigung sei.

Jeder Zweifel über die Richtigkeit dieser Behauptung wird beseitigt durch eine weitere Bestimmung des Zehntablösungsgesetzes und durch die klar erkennbare Absicht des Gesetzgebers.

In §. 15 des Zehntablösungsgesetzes ist nämlich gesagt:

„Hat sich die Mehrheit gegen die Forterhebung des Zehnten ausgesprochen und es kommt eine Uebereinkunft aller Zehntpflichtigen über eine andere Norm nicht zu Stande, so treten folgende Grundsätze in Kraft: . . . .

„4) Grundstücke, welche statt des Naturalzehnten ein ständiges Aversum oder ein Surrogat entrichten, kommen dabei nur mit dem zehnfachen, beziehungsweise so vielfachen Betrag desselben in Anrechnung, als das übliche Verhältniß des Naturalzehntens zum Rohertrag ausspricht."

Hiernach kann und soll nämlich das Zehntsurrogat, welches auf einzelnen Grundstücken haftet, als Zehnte, nur nach billigerem Maßstab als dieser abgelöst werden; weßhalb man gewiß nicht davon ausgehen darf, der Gesetzgeber habe die Zehntsurrogate von der Ablösung als Zehnten ausschließen wollen.

Daß der Gesetzgeber das Gegentheil von solcher Ausschließung, daß derselbe die Ablösbarkeit auch der Zehntsurrogate gewollt, ergibt sich überdies aus den Kammerverhandlungen.

Bekanntlich ist der Entwurf des Zehntablösungsgesetzes zuerst der I. Kammer vorgelegt worden. Als es nun in dieser Kammer zur Berathung über den erstatteten Commissionsbericht kam, machte ein Mitglied den Vorschlag, dem §. 1 beizusetzen: daß „auch die Surrogate des Zehnten abgelöst werden könnten oder unter der Zehntablösung überhaupt begriffen wären." Hierauf bemerkte aber der Regierungscommissär Regenauer, welcher den Entwurf ausgearbeitet und in beiden Kammern vertheidigt hat:

„Auf den Vorschlag, daß die Zehntsurrogate in §. 1 auch aufgenommen werden sollen, muß ich erwidern, daß, wenn sie von einem, der land- oder forstwirthschaftlichen Cultur unterworfenen Bo-

den gegeben worden, sie schon in der Bezeichnung des §. 1 begriffen sind. Werden sie aber von andern Grundstücken, z. B. von Gypsgruben oder Hausplätzen gegeben, so gehören sie nicht in das Zehntgesetz."

Der weitere Regierungscommissär St.R. Nebenius bemerkt dazu:

„Der Fall ist sehr häufig, daß Geld statt des Naturalzehntens gegeben wird, namentlich bei dem Hopfen bildet er die Regel; da die Culturkosten dieses Produkts sehr bedeutend sind, so haben manche Landesgesetze ein Geldsurrogat festgesetzt, damit der Anbau durch die Naturalzehntabgabe nicht verhindert werde. Diese Zehnten sind aber ganz sicher schon im §. 1 begriffen."

(Protokolle der I. Kammer von 1833, Bd. 1, S. 326 u. ff.)

Diese Aussprüche der Regierungscommissäre, welche keinen erheblichen Widerspruch fanden, sind doch gewiß deutlich und stehen höher als das unfruchtbare Aufsuchen eines neuen rechtlichen Gesichtspunkts für diejenigen Zehntsurrogate, welche man, ohne Rücksicht auf die schon bestehende Gesetzgebung, dem Zehnten gleichstellen wollte und gleichgestellt hat.

Zur Begründung der entgegengesetzten Ansicht könnte man sich nur auf L.R.S. 710c.s. berufen; allein dadurch würde man sich mit dem Zehntablösungsgesetz als dem jüngeren Gesetz und mit der ausdrücklich ausgesprochenen Absicht des Gesetzgebers in Widerspruch setzen. Abgesehen davon paßt aber auch die Bestimmung des L.R.S. 710c.s. nur auf solche Fälle, in welchen schon bei Verkündung des Landrechts rechtsverjährte Zeit hindurch eine Abgabe in Geld oder Früchten gegeben worden, ohne daß der Entstehungstitel den Rückgriff auf den Naturalzehnten rechtfertigt. Ueberdies betrifft die angeführte Bestimmung lediglich das Rechtsverhältniß zwischen dem Zehntberechtigten und zwischen dem Zehntpflichtigen und da dieselbe lediglich zum Vortheil des Letzteren dem Zehntberechtigten gegenüber ertheilt worden, (vgl. Brauers Erl. Bd. I., S. 536 u. ff.) um denselben vor dem Zurückgreifen auf den Naturalzehnten zu schützen, so darf dieselbe nicht zum Nachtheil der Zehntpflichtigen da zur Anwendung kommen, wo es sich um Rechte derselben Dritten gegenüber handelt.

Wo dagegen nicht bestritten werden kann, daß die Berechtigung ursprünglich ein Zehntrecht gewesen, und daß nur später an die Stelle des Naturalbezugs eine Zehntrente in Früchten oder Geld getreten, da müßte man zur Ausschließung der Berechtigung und Verpflichtung von den Wohlthaten des Zehntablösungsgesetzes nachweisen können, daß durch den Akt der Firirung der Zehntrente eine Zehntablösung, wenn auch auf anderem Wege erfolgt sei. Dieser Beweis wird aber schon deßhalb nicht geliefert werden können, weil die Firirung eines Zehnten im Vergleich mit der Zehntablösung nach unserem Ablösungsgesetz nur als ein erster Schritt zur Ablösung und folglich nicht als die vollendete Zehntablösung betrachtet werden darf.

Im Vortrag des Regierungscommissärs bei Vorlage des Zehntablösungsgesetzes in der I. Kammer (Beilagenband I., S. 112 u. ff.) ist hierüber ausdrücklich gesagt:

„Sollten nun die Nachtheile des Zehnten beseitigt werden, ohne begründete Rechtsansprüche zu kränken, so kann es auf zweifache Weise geschehen."

„Man kann nämlich den Zehnten in eine ständige jährliche Rente verwandeln, oder man kann ihn durch Abtretung eines Capitals an den Berechtigten ablösen lassen."

„Die Verwandlung in eine ständige Rente entfernt in der That schon manche Nachtheile der Zehntlast. Bei ihr gewinnt der Zehntpflichtige den größten Theil der Zehntverwaltungskosten, er gewinnt die mit der Zehntsammlung nothwendig verknüpften Verluste" u. s. w.

„Das Bild der ständigen Zehntrente hat indessen neben seinen Licht- auch manche Schattenseiten."

„Diese Rente kann nichts anderes sein als ein Durchschnitt des reinen Zehntertrags. Wie soll sie nun aber ohne Beschwerde erhoben werden, wenn die Ernte eine Mißernte ist, wenn sie weniger liefert als das Zehnfache des mittleren Zehntertrags?"

„Die Rente — besteht sie in Geld — steigt und sinkt nach den Schwankungen des Geldwerthes und diese Schwankungen können zum fühlbaren Nachtheil der Zehntpflichtigen, oder aber der Zehntberechtigten hervortreten."

„Die Rente — besteht sie in Naturalien, die als solche auf den Speicher und in den Keller des Zehntbesitzers zu liefern sind — setzt an die Stelle des Haders beim Verzehnten die vielfältigen Streitigkeiten bei Lieferung wirklich oder angeblich zu geringer Zehntnaturalien."

„Und sind die Zehntrenten nach den mittleren Marktpreisen des Jahres in Geld zu erlegen, so ist die Besorgniß nur zu begründet, daß der Zehntpflichtige in

Mißjahren neben der schweren Last, mehr zu leisten, als er für den Zehnten geerntet hat, noch die schwereren zu tragen habe, die Leistung in ungewöhnlich hohen Preisen entrichten zu müssen."

„Zuletzt noch ruft die Verwandlung der Zehnten in eine ständige Rente das Gültwesen — das nach dem Gesetze vom 5. Oktober 1820 im Großherzogthum glücklicherweise zu einem großen Theile entfernt ist — in einem Grade wieder hervor, wie es nie zuvor bestanden hat, und wie es früher oder später den Ruf um Gestattung der Ablösung unabwendbar machen würde."

„Alle diese, einer ständigen Zehntrente entgegentretenden Erinnerungen findet man gehoben, alle Vorzüge einer solchen Rente hingegen gleichmäßig erreicht, wenn man statt ihrer die Zehntablösung selbst wählt."

Schon nach dieser klaren Beleuchtung des Gegenstandes wird man damit übereinstimmen, daß die Firirung der Zehntrente der Zehntablösung nach unserem Ablösungsgesetz nicht gleichgestellt werden darf. Sie kann nur als ein erster Schritt zur Ablösung betrachtet werden; wie sich noch außerdem aus der ganzen Manipulation ergibt, welche unser Gesetz vorschreibt, indem zuerst die reine Zehntrente gesucht und wenn diese gefunden, die Ablösung selbst mittelst Capitalisirung folgen soll.

Zu einer vollständigen Zehntablösung würde aber auch die Ablösung der Zehntlasten gehören, an welche vor dem Zehntablösungsgesetz von keiner Seite gedacht worden ist. Welche Schwierigkeiten würde man aber hervorrufen, wollte man eine firirte Zehntrente als eine Gült betrachten und die Ablösung eines solchen Zehnten für unzulässig erklären? Man müßte ja, wenn man hiervon ausginge, consequenter Weise auch die Lastenablösung für unmöglich erklären, weil das ganze Zehntablösungsgesetz und folglich auch die Bestimmungen desselben über die Ablösung der Zehntlasten als nur für den Fall der Ablösung noch stehender Zehnten und nicht für den Fall der Ablösung einer Zehntgült gegeben betrachtet werden müßten.

Hiernach liegen aber auch alle Voraussetzungen der analogen Anwendung des §. 12 des Zehntablösungsgesetzes — ähnlicher Fall und gleicher Grund des Gesetzes — vor.

Zu welchem Zweck auch erhalten die Zehntpflichtigen einen Zuschuß aus der Staatskasse?

Die Zehntablösung soll befördert; die Pflichtigen sollen erleichtert; es soll ihnen die Ablösung durch den Zuschuß und durch die Vortheile der Zehntschuldentilgungskasse möglich gemacht werden.

Passen aber diese Rücksichten nur auf die noch nicht firirten Zehnten, welche doch zum Behuf der Zehntablösung auf dem Papier wenigstens firirt werden müssen, ehe zur Berechnung des Zehntablösungskapitals übergegangen werden kann, oder passen solche Rücksichten nicht eben so gut auf diejenigen Zehnten, welche vor der Verkündung des Zehntablösungsgesetzes in Wirklichkeit firirt worden sind? Wo sind die Unterscheidungszeichen und Gründe zu finden, nach welchen die Pflichtigen der ersten Art von Zehnten der Unterstützung bedürftiger erscheinen könnten als die der andern?

Der Finanzbehörde muß aber auch das Recht, die Frage zu untersuchen, ob im einzelnen Fall ein Zehntrecht zur Ablösung gekommen sei oder ob das Recht eine andere Natur habe, geradezu bestritten werden, da sich nach dem Zehntablösungsgesetz, nach der Absicht des Gesetzgebers und nach den erlassenen Vollzugsverordnungen die Zuständigkeit der Finanzbehörde lediglich auf die Prüfung der Berechnungen beschränkt, welche dem gefundenen Ablösungskapital zum Grunde liegen. Dieses und nur dieses ist der Sinn der §§. 53 und 65 des Zehntablösungsgesetzes, durch welches die Finanzbehörde von aller Betheiligung an der Erledigung von Vorfragen unter den Betheiligten (§. 73) und an dem Ablösungsverfahren selbst ausgeschlossen wird.

In den Motiven der großh. Staatsregierung zu dem Zehntablösungsgesetz ist (vgl. Verhandlungen der I. Kammer von 1833, Beil. Bd. I., S. 79. 80) zu den §§. 52—55 gesagt:

„Ist über Festsetzung des Ablösungskapitals ein gütliches Uebereinkommen unter den Parteien zu Stande gekommen, so ist es nothwendig, daß hierüber alle jene Nachweisungen gegeben werden, welche demnächst die Finanzbehörde in die Lage setzen, zu beurtheilen, ob sie sich wegen des Staatszuschusses hiebei beruhigen könne oder aber deßhalb das gesetzliche Ablösungsverfahren verlangen müsse."

Im Commissionsbericht der I. Kammer (ebendaselbst S. 308) ist beigefügt:

„Allein, da die Staatskasse bei jeder Ablösung ein Fünftheil des Ablösungskapitals, sowie es gesetzlich zu berechnen, beiträgt, so muß ihr auch das Recht zu-

stehen, durch ihre Vertreter, also die Finanzbehörde, sich vor der Zahlung mittels eigener Prüfung davon zu überzeugen, daß die Uebereinkunft ihr keine höhere Anforderung herbeiführe und in diesem Fall die Schritte zu thun, welche auf das gesetzliche Maß ihres Beitrags führen."

Von den zum Vollzug des Zehntablösungsgesetzes erlassenen Verordnungen gehört vor Allem hierher der Staatsministerialerlaß vom 27. Februar 1834 (Reg.-Bl. No. 10, S. 83—85), in welchem (§. 6) zur Gültigkeit aller Ablösungsverträge über Zehnten, die zum Vermögen der Kirchen, Schulen, Stiftungen und Corporationen entweder die vorgängige Communication mit der betreffenden Finanzbehörde oder sonst als Bedingung erfordert wird, „daß diese Behörde die Berechnung des Ablösungskapitals in Bezug auf den Staatszuschuß anerkenne, also unter Vorbehalt weiterer gütlicher Verhandlung und Uebereinkunft für den Fall, daß die Finanzbehörde innerhalb der ihr gesetzlich bestimmten Frist von 3 Monaten ihre Zustimmung ausdrücklich verweigert."

Eine weitere Vollzugsverordnung der großh. Hofdomänenkammer vom 19. Juni 1835 (abgedruckt in Vogelmanns Zehntablösung S. 260—207) schreibt vor:

„D. Wenn die Domänenverwaltung als Finanzbehörde handelt."

„§. 53. Die Staatskasse entrichtet ein Fünftel am Ablösungskapital jedes Zehnten. (§. 12 des Gesetzes.) Billig hat darum auch die Finanzbehörde in jedem einzelnen Falle zu prüfen, ob das Capital nicht etwa höher bestimmt ist, als dies das Gesetz zuläßt, und sie hat die fernere Verpflichtung, da — wo es ihr wirklich höher bestimmt zu sein scheint — wenigstens für den die Staatskasse treffenden Antheil die gesetzliche Ermäßigung zu veranlassen" . . . .

„§. 56. Diese (die zweite Aufgabe, nach Erledigung der ersten, der Untersuchung nämlich, ob die Akten hinsichtlich der Mittheilung an die Finanzbehörde vollständig) besteht darin, daß auf den Grund der vorhandenen Aktenstücke sorgfältig geprüft wird, ob das Ablösungskapital nicht höher bestimmt sein möchte, als dies den Normen des Zehntablösungsgesetzes gemäß ist."

Man könnte fragen: wer denn die Frage, ob die abzulösende Berechtigung ein Zehnten sei oder nicht, zu prüfen habe, wenn die Untersuchung darüber der Vertreterin der doch offenbar betheiligten Staatskasse, der Finanzbehörde nicht zustehen soll? Allein diese Frage ist einmal nicht aufgeworfen worden und hat keine Entscheidung zu Gunsten der Finanzbehörde gefunden; man wird es daher auch beim Buchstaben des Gesetzes, bei der klar ausgesprochenen Absicht des Gesetzgebers und bei den Anweisungen der höheren und höchsten Verwaltungsbehörden bewenden lassen müssen. Diese Frage ist höchst wahrscheinlich deßhalb nicht aufgeworfen worden, weil die Redaktoren des Entwurfs von der Ueberzeugung ausgegangen waren, Fälle der Art, wie die hier besprochenen, welche es allein gerechtfertigt hätten, die Befugnisse der Finanzbehörde noch weiter auszudehnen, seien unter der Bestimmung des §. 1 des Zehntablösungsgesetzes mitbegriffen.

Abgesehen davon, wird man aber auch eine Lücke in dem Ablösungsgesetz in dieser Beziehung schon darum nicht finden, weil in der Regel das entgegenstehende Interesse der Berechtigten und Verpflichteten schon ausreichen wird, um auch die Staatskasse vor Nachtheilen zu schützen und weil den Richterbehörden, welche die Zehntablösung zu leiten, darüber zu verhandeln und alle Streitigkeiten zu entscheiden haben, nicht eine passive Rolle, nicht die Aufgabe bloser Schiedsrichter, sondern die Vertretung des öffentlichen Interesse durch Aufrechthaltung des Gesetzes zugewiesen ist; den Richterbehörden, welche ja auch über Streitigkeiten zwischen den Pflichtigen und der Staatskasse — wo solche Platz greifen — definitives Erkenntniß zu ertheilen haben.

Soiron.

II.

I. Welches ist die rechtliche Natur der auf einer Ziegelhütte ruhenden Last, wonach jeder Besitzer die Zieglerwaaren an die Mitglieder einer Gemeinde um ermäßigten Preis abgeben muß?

II. Kann eine kirchliche milde Stiftung zu den Angehörigen einer politischen Gemeinde gerechnet werden?

Auf der jetzt im Besitze des Thomas Baier befindlichen Ziegelhütte zu Hausen ruht seit dem Jahr 1695 die noch in Uebung stehende Verbindlichkeit, daß der Besitzer bestimmte Arten von Zieglerwaaren um gewisse, er-

mäßigte Preise an die politischen Gemeinden Kirchen und Hausen und deren Angehörige abgeben muß. Die Vertreter des Kirchenfonds St. Peter und Paul in Kirchen, welchem die Erhaltung sehr bedeutender Gebäude obliegt, verlangten nun von Thomas Baier, daß er auch gegenüber dem Fond jene Verbindlichkeit zu erfüllen habe und erwirkten sogar ein polizeiliches Erkenntniß, welches übrigens die civilgerichtliche Entscheidung der Sache ausdrücklich vorbehielt. Deßhalb erhob Thomas Baier eine Negatorien-Klage gegen den genannten Fond. Der Unterrichter verfügte zwar Ladung, und legte dem Beklagten den Beweis des vom ihm angesprochenen Rechts auf, erhob auch die angetretenen Beweise, wies aber schließlich die Klage ab, weil er annahm, es handle sich hier nicht um ein dingliches Recht, sondern um eine persönliche Verbindlichkeit, und sei daher eine Negatorienklage nicht zulässig. Das großh. Hofgericht des Seekreises änderte dieß Erkenntniß durch Urtheil vom 12. Mai v. J. dahin ab, daß es dem Klagantrage gemäß aussprach, es stehe dem beklagten Fond das Recht nicht zu, von dem jeweiligen Inhaber der in der Gemarkung Hausen und Kirchen gelegenen Ziegelhütte des Klägers zu verlangen, daß er dem beklagten Fond die einzeln benannten Waaren um die beigesetzten Preise abgeben müsse, und es habe der jeweilige Inhaber dieser Ziegelhütte und somit auch der Kläger nicht die Verpflichtung, die fraglichen Waaren um die bezeichneten Preise an den beklagten Kirchenfond abzugeben.

Hofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Was die rechtliche Natur der Last betrifft, welche vom Kläger bestritten und vom Beklagten für sich in Anspruch genommen wird, so ist die Last nicht eine Grunddienstbarkeit, weil sie nicht zum Vortheile einer bestimmten Liegenschaft, sondern zum Vortheile gewisser Personen besteht. L.R.S. 686. Dagegen erscheint sie als eine persönliche Dienstbarkeit in weiterem Sinne, ähnlich wie ihn das Landrecht bei den Erbdienstbarkeiten kennt, (L.R.S. 710a) denn sie ruht auf gewissen Liegenschaften, wobei es in Vergleich mit L.R.S. 650. 698. 710 c. o. ohne Belang ist, daß sie nur durch Handlungen des Besitzers des belasteteten Guts zum Vollzug kommen kann. Brauer, Erläuterungen Bd. I., S. 516 zu Satz 686. Wie hiernach die fragliche Last rechtsgültig ist, (Brauer, a. a. O. S. 515. Zachariä, fr. C.R. Bd. II., S. 51, Note 1) so ergibt sich daraus für den Kläger das Recht, wenn er das Vorhandensein der Last bestreitet, die Freiheit seines Eigenthums mit der erhobenen Negatorienklage vor Gericht zu verfolgen, wozu ihm auch das frühere und jetzige Auftreten des Beklagten hinlängliche Veranlassung gibt.

Demzufolge war es anerkannter Maßen Sache des beklagten Theils, die von ihm angesprochene Berechtigung darzuthun. Dies versuchte er, indem er sich auf den Kaufvertrag vom 20. März 1695 und den Grundbucheintrag über den Kaufvertrag vom 4. Februar 1842 berief. Nach dem Kaufvertrag vom 20. März 1695 sollen die Zieglerwaaren geliefert werden „in die Gemeinde Kirchen und Hausen", was seine Erläuterung durch den Beisatz erhält, daß „kein Bürger mehr von dem Ziegler nehmen soll, als er von Nöthen hat." Daraus läßt sich nun entnehmen, daß dies Recht nur für die Gemeinde und ihre Bürger bedungen worden ist. In der zweiten Urkunde, nämlich in dem Grundbucheintrage ist ausführlich und zu wiederholten Malen von diesem Rechte die Sprache, wobei solches unter ausdrücklicher Bezugnahme auf den Kaufvertrag vom 20. März 1695 stets gleichmäßig festgesetzt wird „für die Gemeindeangehörigen von Hausen und Kirchen." Es fragt sich daher, ob zu den Gemeindeangehörigen auch der beklagte Fond gerechnet werden kann? Dies muß verneint werden, denn das katholische Kirchenvermögen, worunter seiner Natur und Bestimmung wegen auch dieser Fond begriffen ist, bildet gemäß §. 9 des Constitutionsedikts vom 14. Mai 1807 Reg.-Bl. No. 21) ein eigenes Ganze, welches von dem Vermögen des Staats und der Gemeinden vollständig geschieden ist. (Vgl. §. 20 der Verfassungsurkunde.) In Uebereinstimmung damit bestimmt §. 72 der Gemeindeordnung (§. 16 des Gesetzes vom 28. August 1835. Reg.-Bl. No. 41), daß bezüglich der Gemeindeumlagen die Stiftungen als Ausmärker behandelt werden sollen. Ueberdies ist in jenen Akten unverkennbar die politische Gemeinde bezeichnet und unabhängig von dieser besteht die Kirchspielsgemeinde, so daß ein kirchlicher Fond um so weniger als Angehöriger der politischen Gemeinde angesehen werden kann. Hieran ändert es nichts, daß den Mitgliedern der letztern, sofern sie zugleich die Kirchspielsgemeinde bilden, die Bestreitung der subsidiären Baupflicht obliegt, da diese Verbindlichkeit jedenfalls die rechtliche Stellung des Fonds nicht berührt, und da die etwaigen Rechte der politischen Gemeinde, beziehungsweise ihrer Mitglieder, gegen den Kläger für den Fall, daß deren

subsidiäre Baupflicht in Anwendung käme, ganz außerhalb des jetzigen Rechtsstreits liegen. Auch die fürsorgliche Eideszuschiebung spricht nur von der Gemeinde und ihren Angehörigen und ist somit zufolge des Obigen unerheblich.

Hat demnach der Beklagte nicht vermocht, sein Recht nachzuweisen, so muß dem Klagbegehren entsprochen werden.

Auf die vom Beklagten ergriffene Oberberufung erließ das großh. Oberhofgericht vom 20. Oktober v. J. ein bestätigendes Urtheil.

Oberhofgerichtliche Entscheidungsgünde.

Der beklagte Kirchenfond gründet das Recht auf die vom Kläger bestrittene Leistung auf den Kaufvertrag vom 20. März 1695 und auf die neueste Verbriefung vom 4. Februar 1842; damit ist aber bestenfalls das fragliche Recht nur zu Gunsten der Gemeinde Kirchen und Hausen, beziehungsweise deren Bürger oder Angehörigen nachgewiesen, wenn dasselbe als Reallast des älteren deutschen Rechts auch unter der Herrschaft des gegenwärtigen Landrechts aufrecht erhalten werden will.

Die Frage, ob der beklagte Fond zu den Bürgern oder Angehörigen der Gemeinde Kirchen gehöre, ist aber von dem großh. Hofgericht mit Recht verneint worden, weil solche Körperschaften nach älteren und neueren Gesetzen nicht als Mitglieder der Gemeinde, in deren Bezirk ihre Verwaltung besteht, zu betrachten sind, daher auf den Grund des Gemeindeverbands für die in der Gemarkung gelegenen Liegenschaften nur diejenigen Rechte und Lasten auf sich haben, welche aus dem Gemarkungsrecht der Gemeinde abfließend, sofort auch fremden Besitzern zukommen können. Dazu kommt, daß alle Beschränkungen des Eigenthums und Verkehrs, wozu die hier in Frage stehende Leistung gehört, im Zweifel nicht zu vermuthen und im engeren Sinne auszulegen sind.

Aus diesen Gründen ist der beklagte Theil durch das hofgerichtliche Urtheil nicht für beschwert zu erachten.

P.

III.

Ueber die Wirkung des vom Strafrichter verfügten Beschlags auf civilrechtliche Ansprüche, und über die Frage, ob eine Theilzahlung als Anerkennung der ganzen Schuld gilt?

Apotheker Maier von Sinsheim hatte sich an den hochverrätherischen Unternehmungen im Jahr 1848 betheiligt, war deßhalb in Untersuchung gezogen worden und ergriff die Flucht. In Folge dessen erließ das großh. Bezirksamt Sinsheim am 6. Mai 1848 eine Verfügung folgenden Inhalts:

„Wird für den Betrag der erwachsenden Untersuchungskosten Arrest auf das Kaufschillingsguthaben, welches Apotheker Maier bei dem Apotheker in Meßkirch ausstehen hat, verfügt, und dem Apotheker in Meßkirch aufgegeben, bei Vermeidung doppelter Zahlung den Kaufschilling an Apotheker Maier bis auf weitere Verfügung nicht auszuzahlen.“

Dieser Beschluß wurde dem Apotheker Hauser in Meßkirch am 11. Mai 1848 zugestellt. Einige Zeit später klagte ein Verwandter des Maier gegen diesen eine sehr große Forderung im Wege des bedingten Mandatsprozesses ein und erwirkte, daß ihm zu seiner Befriedigung das Guthaben Maiers bei Apotheker Hauser an Zahlungsstatt zugewiesen wurde. Wieder einige Zeit später ließ auch die großh. Generalstaatskasse im Wege der Vollstreckung jenes Guthaben Maiers für ihre Entschädigungsforderung mit Beschlag belegen und sich an Zahlungsstatt zuweisen. Jener Verwandte des Maier, ein gewisser Karl Ferdinand Eberbach in Grosgartach, Königreich Württemberg, trat nun mit einer Klage gegen Apotheker Hauser auf, worin er kraft der zu seinen Gunsten ergangenen richterlichen Zuweisung begehrte, daß Hauser den an Maier schuldigen Kaufschilling ihm zahle. Dabei führte er an, daß ihm der beklagte Hauser die bis zum Jahre 1849 fälligen Raten des Kaufschillings bezahlt und dadurch das Recht des Klägers thatsächlich anerkannt habe. Der Beklagte berief sich zu seiner Vertheidigung auf die strafrichterliche Arrestverfügung und die zu Gunsten der großh. Generalstaatskasse erfolgte Zuweisung und verkündete dem großh. Fiskus den Streit, worauf dieser als Nebenintervenient und Bevollmächtigter des Beklagten (P.O. §. 105) dem Prozesse beitrat. Das großh. Bezirksamt Meßkirch hat durch Urtheil vom

9. März v. J. den Kläger mit seiner Klage zur Zeit abgewiesen und das großh. Hofgericht des Seekreises hat unterm 24. Januar l. J. dies Urtheil bestätigt und zwar aus folgenden

Gründen.

Da der großh. Fiskus nicht nur als Bevollmächtigter des Beklagten, sondern auch als Nebenintervenient an dem Rechtsstreite Theil genommen hat, so konnte die sonst diesem Prozesse fremde Frage über die Rechtsbeständigkeit des für die fiskalische Entschädigungsforderung angelegten Beschlags hier entschieden werden. P.O. §. 101. Da nun jener Beschlag erst lange nach der vom Kläger bewirkten Zuweisung verfügt wurde, so hat er gegen Letzteren keine Wirkung. P.O. §. 1039. 1040. 1041. L.R.S. 1690. 1141. Anders verhält es sich aber mit dem vom Strafrichter angelegten Beschlag, da dieser eines Theils dem zu Gunsten des Klägers bestehenden Arreste vorherging und anderntheils seiner Natur nach der Cognition des Civilrichters nicht untersteht, sondern so lang für gültig erachtet werden muß, als er nicht vom Strafrichter wieder aufgehoben worden ist. (Vgl. Einf.-Ges. vom 5. Februar 1851, §. 129, Abs. 3.) Nun verbietet jene strafrichterliche Verfügung dem Beklagten unbedingt die Auszahlung des Kaufschillings, weßhalb derselbe gemäß L.R.S. 1242 nicht genöthigt werden darf, Zahlung zu leisten. Wenn der Beklagte dem Kläger, wie Letzterer behauptet, mit Hintansetzung des strafrichterlichen Beschlags früher einmal Zahlungen gemacht hätte, so könnte darin nicht ein nach Maßgabe von L.R.S. 1338 a. zur Abtragung der ganzen Summe an Kläger verpflichtendes Anerkenntniß gefunden werden, denn die durch Kläger erwirkten Vollstreckungsverfügungen versetzten den Beklagten in eine solche Lage (L.R.S. 1239), daß seine Zahlungen den nach L.R.S. 1338 a. erforderlichen Charakter der Freiwilligkeit nicht haben. Es kann sich daher nur fragen, ob der Kläger bewiesen hat, daß der strafrichterliche Beschlag durch Aufhebung oder durch Verzicht beseitigt worden ist? Unerheblich ist hiefür, daß die Untersuchungsakten vernichtet, nämlich auf die bekannte verbrecherische Weise in Freiburg verbrannt worden sind, da dies in der Sache selbst keine rechtliche Bedeutung hat und selbst die Untersuchungskosten ungeachtet dessen ermittelt werden können.

Es wird sodann weiter ausgeführt, daß der vom Kläger versuchte Beweis gänzlich mißlungen sei, und dabei bemerkt, daß zwar die Zuschiebung des Haupteids an den großh. Fiskus nach P.O. §. 101. 527 zulässig, aber wegen ihres Inhalts ganz unerheblich sei. P.O. §. 534.

Dr. Puchelt.

IV.

1) Wenn mit der Nothzucht Blutschande zusammentrifft, so entscheidet der Grundsatz der idealen Concurrenz. §. 182 St.G.B.
2) Der §. 42 des Gesetzes vom 5. Februar 1851 bezieht sich nur auf die reale und nicht auf die ideale Concurrenz.

Leo Roth von H. war beschuldigt, seine eigene Tochter mit thätlicher Gewalt und durch gefährliche Drohungen mit schwerer körperlicher Mißhandlung zur Unzucht genöthigt zu haben. Die Staatsbehörde stellte daher unter Berufung auf §. 335, Ziff. V. 365. 182 St.G.B. und Mittermaier zu Feuerbach, peinliches Recht, §. 269, Note III. bei der Anklagekammer am Hofgericht des Seekreises den Antrag: den Leo Roth als Urheber der zusammentreffenden Verbrechen, Nothzucht und Blutschande in den Anklagestand zu versetzen und diese Sache an das Schwurgericht zu verweisen. Die Anklagekammer verfügte aber bezüglich der Nothzucht: Es sei wegen Unzulänglichkeit des Beweises kein Grund zur weitern gerichtlichen Verfolgung vorhanden. Und bezüglich der Blutschande wurde von der Anklagekammer erkannt: Es sei diese Sache nach §. 35, Abs. 2 des Gesetzes vom 5. Februar 1851 vom großh. Hofgerichte zu erledigen. Hiergegen ergriff die Staatsbehörde das Rechtsmittel der Beschwerdeführung.

In der Beschwerdeschrift ist ausgeführt, daß es hier an einem zureichenden Beweis nicht fehle und sodann gesagt:

Es ist hier eine Uebertretung mehrerer Strafgesetze durch eine That vorhanden, es treffen nämlich die beiden Verbrechen, Nothzucht und Blutschande, in einer That zusammen. §. 182 St.G.B. Es eignen sich daher beide Verbrechen zur schwurgerichtlichen Verhandlung, weil der §. 42 des allegirten Gesetzes offenbar nur auf das Zusammentreffen verschiedener für sich bestehender verbrecherischer Handlungen (die reale Concurrenz), nicht aber auf verschiedene Uebertretungen, die nur eine Handlung sind (die ideale Concurrenz), sich bezieht.

Vom großh. Oberhofgericht wurde durch Erkenntniß vom 25. Februar d. J. das Erkenntniß der Anklagekammer dahin abgeändert, daß Leo Roth wegen Nothzucht und Blutschande mit seiner eigenen Tochter in Anklagestand zu versetzen und diese Sache vor das Schwurgericht zu verweisen sei.

Gründe.

J. E. daß bei der bestimmten, durch andere Ergebnisse der Untersuchung unterstützten Beschuldigung der in Ansehung ihrer Geschlechtsehre unbescholtenen A. M. Roth die vorliegenden Beweise einer an ihr verübten Nothzucht nicht jetzt schon unbedingt als zu einer Verurtheilung unzulänglich betrachtet werden können;

i. E. daß wenn demnach die Anklage wegen dieses Verbrechens nach §. 41. Ziff. 16 des Gesetzes vom 5. Februar 1851 vergl. mit §. 335. Ziff. V. St.G.B. vor das Schwurgericht zu verweisen ist, in gleicher Weise die Anklage der durch dieselbe That verübten Blutschande §. 365 St.G.B.) an eben dieses Gericht verwiesen werden muß, weil durch die Schuldigerklärung bezüglich der Ersteren über die Zweite zugleich mitentschieden wäre und das Gesetz (§. 42 des Ges. vom 5. Febr. 1851) da es sicher nicht eine immerhin mögliche verschiedene Beurtheilung der Beweisfrage durch verschiedene Gerichte herbeizuführen beabsichtiget hat, unter den „mehreren concurrirenden Vergehen, nothwendig nur die reale Concurrenz verschiedener verbrecherischer Handlungen verstanden haben kann.

Aus diesen Gründen rc.

Leo Roth ward auch von dem Schwurgericht der Nothzucht und Blutschande mit seiner eigenen Tochter für schuldig erklärt und in eine Zuchthausstrafe von 7 Jahren verfällt.

Haager.

V.

Zur Auslegung des §. 704 St.G.B.

Nach §. 704 soll gegen denjenigen öffentlichen Diener, der ohne ein ständiges öffentliches Amt zu bekleiden, die Strafe der Dienstentlassung oder Dienstentsetzung verschuldet, statt derselben die im §. 169 bestimmte stellvertretende Strafe eintreten.

In der Praxis herrscht über die Auslegung dieses Paragraphen und zwar darüber Zweifel, welche öffentlichen Diener unter diejenigen zu rechnen sind, die kein ständiges öffentliches Amt bekleiden. Beispiele hiefür sind in §. 2, Ziff. 4 des Gesetzes vom 5. Februar 1851 angeführt, indem hiernach der §. 704 auch auf Geschworene und auf andere Personen Anwendung findet, die ohne in einem öffentlichen Richterdienste zu stehen, vorübergehend zur Ausübung von Richterpflichten berufen sind.

Von dem Hofgericht des Seekreises und hiemit übereinstimmend von großh. Oberhofgericht wurden als solche Diener, welche kein ständiges öffentliches Amt bekleiden, angesehen:

1) Gemeindebeamte, z. B. Gemeinderechner, welche nur für eine bestimmte Anzahl von Jahren gewählt waren,
2) ein Posterpeditor, der nur widerruflich angestellt war.

Dagegen wurde vom Schwurgerichtshof des Seekreises ein Localstiftungsverrechner, über dessen Amtsdauer nichts bestimmt war, als ein solcher betrachtet, der ein ständiges öffentliches Amt bekleidet.

Haager.

VI.

L.R.S. 2279.

Der Vermiether von Fahrniß, auf welche bei dem Miether Zugriffsbeschlag gerichtet wird, kann gegen den betreibenden Gläubiger sein Eigenthumsrecht geltend machen, da der Schuldner nach dem Miethvertrag seinen Besitz nur an den Sachen des Vermiethers ausübt, daher diesem den Besitz nicht als Rechtstitel entgegenhalten könnte. Da nun der betreibende Gläubiger seine Rechte auf die gepfändete Fahrniß von dem Schuldner, in dessen Besitz sie gepfändet worden sind, ableitet, so kann er nur dessen Rechte ausüben, mithin ebenso wenig als jener dem einsprechenden Vermiether der Besitz des Schuldners als Rechtstitel entgegenhalten.

Selbst dann, wenn der Miethvertrag nichtig wäre, würde das Verhältniß dasselbe bleiben, da der Besitz doch immer nur aus dem Miethvertrag abgeleitet werden könnte.

Erf.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von E. Schweizer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXI. | No. 17. | Mannheim, 22. April 1854.

I.

Competenzconflikt.

Die Militärbehörden sind nicht befugt, die von Civilgerichten über Militärpersonen gesetzlich erkannten Strafen zu verwandeln und zu vollziehen *).

Paul Müller von D., Soldat beim I. (Grenadier-) Regiment kam wegen Widersetzlichkeit in Untersuchung und wurde von großh. Kriegsministerium zum Zweck der Untersuchung und Bestrafung dem Civilgerichte abgegeben.

Das Hofgericht des Seekreises verurtheilte denselben wegen Widersetzlichkeit zu einer Kreisgefängnißstrafe von 6 Monaten. Die Militärbehörde verlangte alsdann Mittheilung der Akten, um die durch das hofgerichtliche Urtheil erkannte Strafe in eine militärische umzuwandeln.

Das Hofgericht erhob hiegegen Einsprache und stellte unter Begründung seiner Ansicht an die Militärbehörde das Ansuchen, die Akten, wenn sie auf ihrer in Anspruch genommenen Befugniß der Strafumwandlung und Urtheilsvollziehung beharre, zur Entscheidung des Competenzconflikts großh. Oberhofgericht vorzulegen. Von diesem erging am 27. Januar d. J. in außerordentlicher Gerichtssitzung

Erkenntniß.

In Erwägung, daß es sich bei dem vorliegenden Conflikt zwar nicht darum handelt, ob die Führung der Untersuchung und die Fällung des Urtheils gegen Grenadier Paul Müller den Militär- oder bürgerlichen Gerichten zukomme, die Competenz des großh. Hofgerichts des Seekreises vielmehr unbestritten ist, sondern daß die zu entscheidende Frage darin besteht, ob, nachdem ein bürgerliches Gericht das Strafurtheil gesprochen hat, dieses oder die Militärbehörde zuständig sei, die erkannte Strafe in eine andere zu verwandeln und zu vollziehen, daß aber auch die Entscheidung dieser Frage, weil auch sie die Zuständigkeit betrifft, unter den Art. 21 des Gesetzes vom 12. Februar 1849 fällt;

in Erwägung, daß, wenn die Militärbehörden die gegen eine Militärperson wegen eines gemeinen Verbrechens eingeleitete Untersuchung gemäß Art. 20, Abs. 2 des eben erwähnten Gesetzes an die Civilgerichte abgeben, dieses der Natur der Sache nach keine andere Bedeutung haben kann, als daß jene Behörden, statt (nach den Worten des Abs. 1, Art. 20) die anhängige Untersuchung selbst zu erledigen, beziehungsweise die verhängte Strafe selbst zu vollziehen, sich der Fortsetzung der Untersuchung, der Aburtheilung des Angeschuldigten nach den Kriegsartikeln und den sonstigen Militärstrafgesetzen, und des Strafvollzugs begeben und die Erledigung der Sache nach Maßgabe der allgemeinen Landesgesetze gänzlich den Civilgerichten überlassen;

in Erwägung, daß daraus nothwendig folgt, daß, nachdem das betreffende Civilgericht hierauf im Falle der Verurtheilung die den allgemeinen Gesetzen entsprechende Strafe ausgesprochen hat, die Militärbehörde die für den betreffenden Fall aufgegebene Zuständigkeit nicht in der Art wieder aufleben lassen kann, daß sie an die Stelle der von den Civilgerichten erkannten Strafe eine andere, den Militärstrafgesetzen entsprechende setzt und diese vollzieht;

in Erwägung, daß vielmehr die Verwandlung und der Vollzug der von zuständigen Civilgerichten erkannten Strafen nach §. 159 ff. und §. 343 ff. des St.G.B. nur von diesen selbst und die erstere im Wege der Gnade nur von Sr. königl. Hoheit dem Regenten ausgehen kann;

*) Diese Frage kann auch nach dem künftigen Gesetz über Militärgerichtsbarkeit entstehen. D. E.

in Erwägung, daß eine Ermächtigung der Militärbehörden zur Verwandlung von Strafen, welche die Civilgerichte erkannt haben, insbesondere nicht im Kriegsartikel 32 gefunden werden kann, indem hier, wie überhaupt in sämmtlichen Kriegsartikeln nur von dem Falle die Rede ist, wo die Militärgerichte selbst die urtheilenden Behörden sind, daß vielmehr aus §. 1, Abs. 2 des Gesetzes vom 2. Dezember 1850 geschlossen werden darf, daß eine Einwirkung der fraglichen Art auf die von den Civilgerichten erkannten Strafen und deren Vollzug den Militärbehörden nicht gestattet sein solle;

in Erwägung, daß es zwar einleuchtet, wie in solchen Fällen sich leicht Collisionen zwischen den von den Civilgerichten erkannten Strafen und den militärischen Interessen ergeben mögen, deren Vermeidung allerdings wünschenswerth erscheinen muß, daß nach dem Stande der Gesetzgebung jedoch diese Collisionen nur vorbeugend beseitigt werden können, indem nämlich, wie der Art. 20 des Gesetzes vom 12. Februar 1849 selbst andeutet, vor der Abgabe schon in Erwägung gezogen wird, ob dadurch, je nach dem wahrscheinlichen Verlaufe der Sache das dienstliche Interesse nicht gefährdet werde;

wird ausgesprochen, daß dem großh. Commando des 1. (Grenadier-) Regiments, beziehungsweise der ihm vorgesetzten Dienstbehörde das Recht nicht zustehe, die von dem großh. Hofgerichte des Seekreises gegen Grenadier Paul Müller erkannte Kreisgefängnißstrafe von 6 Monaten in die entsprechende militärische Strafe zu verwandeln und statt jener diese zu vollziehen.

Hauger.

II.

Ueber die rechtliche Wirkung der Verweisung von Liegenschaftskaufschillingen, deren Vorzugsrecht durch gehörigen Eintrag gewahrt ist.

(Annalen XXI. 117.)

Die Frage, welche Rechte den Gläubigern zustehen, welche auf einen Liegenschaftskaufschilling verwiesen wurden, dessen Vorzugsrecht durch Grundbucheintrag gewahrt ist, wurde durch die in der Ueberschrift angeführte Erörterung wieder zur Beantwortung ausgesetzt, und ist bei den vielfachen Eigenthumsübergängen, an welche sich Verweisungen der Kaufschillinge knüpfen, eine sehr wichtige.

Die Berechtigung der verwiesenen Gläubiger kommt in doppelter Beziehung in Betracht, einmal in dem persönlichen Verhältnisse, in welchem der verwiesene Gläubiger zu seinem bisherigen Schuldner, dem bisherigen Eigenthümer der Liegenschaft, und zu dem Käufer der letztern steht, sodann in dem dinglichen (sachartigen) Verhältnisse zur Liegenschaft, welches dann entscheidend wird, wenn er mit den Gläubigern, welche erst dem Käufer gegenüber Pfand- oder Vorzugsrechte erworben werden, zusammenstößt.

Zunächst kommt eine solche Verweisung bei freiwilligen oder bei zwangsweisen Verkäufen vor. Im ersten Falle liegt eine ausdrückliche Erklärung des Verkäufers vor, daß der Kaufschilling auf Verweisung zahlbar sei (wenigstens wird dieses Geding gewöhnlich beim Vorhandensein von Schulden des Verkäufers in die Steigerungsbedingungen aufgenommen), im letzteren Falle aber eine stillschweigende, indem ein Gläubiger (oder wie bei der Gant deren Gesammtheit) die Versteigerung gegen den Willen des Eigenthümers veranlaßt, oder aber der Vollstreckungsbeamte an dessen Stelle tritt, und nach geschehener Versteigerung und nach erfolgter Liquidation der Gläubiger die Verweisungen nach Maßgabe der verschiedenen freiwillig anerkannten oder gerichtlich festgestellten Ansprüche (c. f. §. 114. 115. 128—131 der Verordnung vom 21. November 1851) ausfertigt. Im ersteren Falle wird auch die Bedingung der Versteigerung verbunden mit der Ausfertigung und Annahme der gehörig richtig gestellten Verweisung vertragsmäßig (indem die Behörde, welche die Verweisung besorgt, als Beauftragter des Verkäufers anzusehen ist), im zweiten Falle durch gesetzliche Rechtsübertragung, ähnlich wie bei dem Beschlag und der Zuweisung ausstehender Forderungen (der Eintrag des Erkenntnisses auf Liegenschaftsversteigerung benimmt nach §. 1004 der P.O., L.R.S. 2204 a. dem bisherigen Eigenthümer die Befugniß zur Verfügung über dieselbe, und die Verweisung eröffnet dem Käufer, der bis dahin nicht sicher weiß, wem er Zahlung zu leisten hat, daß und wem er nunmehr ungefährdet Zahlung leisten soll), dem Gläubiger des Verkäufers den Schuldner des Kaufschillings als Zahler angewiesen und durch den Besitz der Verweisung, die gleichmäßig dem Schuldner des Kaufschillings zugeht, erhält er die Rechtsurkunde, auf welche hin der letztere an ihn Zahlung zu leisten hat (L.R.S. 1121. 1607. 1690), während des Verkäufers als eines auf den Bezug des Kaufschillings berechtigten nirgends

mehr gedacht wird, so daß der Käufer, solange die Verweisung zu Recht besteht, lediglich an diesen verwiesenen Gläubiger Zahlung zu leisten hat.

Wie man daher eine solche Verweisung betrachten mag, so enthält sie in Verbindung mit den ihrer Ausfertigung und Annahme vorhergegangenen Thatumständen einerseits für den (freiwilligen oder zwangsweisen) Verkäufer eine, wenn auch nach Umständen der Wiederaufhebung unterliegende, Entäußerung seiner Rechte, andererseits eine Veräußerung derselben an den verwiesenen Gläubiger, in Folge deren dieser letztere (nenne man nun den Akt eine Art von Cession, eine Rechtsüberweisung oder eine Anweisung an Zahlungsstatt zum eigenen Nutzen des Verweisungsempfängers — procuratoris in rem suam —) von dem Verweisungszähler, dem Käufer, die Summe, welche dieser aus seinem Kaufschilling an ihn zu zahlen hat, in Empfang zu nehmen berechtigt ist. —

Das persönliche Verhältniß zwischen dem Verkäufer und seinem Gläubiger bleibt dasselbe — denn eine solche Verweisung und die Annahme derselben mit Geltendmachung der durch sie beurkundeten Rechte enthält nirgends die Merkmale einer Rechtswandlung, welche erst durch weitere Vorgänge geschaffen werden könnte — zugleich aber tritt gemäß L.R.S. 1121. 1134. 1135 der Gläubiger des Verkäufers in ein direktes Verhältniß zu dem Käufer, als dessen und nunmehr seinem Schuldner. Die Verweisung mit den ihr vorausgegangenen Thatsachen bildet für ihn die Aktivlegitimation, der Kauf aber und die Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises die Grundlage der Verpflichtung des Käufers, und einer anzustellenden Klage müssen daher (durchaus wie bei der Klage des Gläubigers gegen den im Vollstreckungsweg ihm zugewiesenen Schuldner seines Schuldners) diese beiden thatsächlichen Verhältnisse zu Grunde gelegt werden.

Daneben besteht aber als natürliche Folge der Rechtsübertragung eines mit Vorzugsrecht gesicherten Rechtes eine Berechtigung des verwiesenen Gläubigers auf die Liegenschaft selbst, ein dingliches oder besser sachartiges Recht desselben, welches freilich in des Gläubigers Verhältniß zu seinem ihm stets persönlich haftenden ursprünglichen und zu dem ihm angewiesenen neuen Schuldner in den seltensten Fällen zur Sprache kommen wird, aber dann praktisch wird, wenn der verwiesene Gläubiger des Verkäufers mit den Gläubigern des Käufers, welche diesem gegenüber Pfand- und Vorzugsrechte auf die Liegenschaft erworben haben, zusammentrifft.

Unzweifelhaft geht hier das gehörig gewahrte Vorzugsrecht des Verkäufers allen Pfandrechten vor, welche erst dem Käufer gegenüber erwachsen sind. Was aber gilt, wenn der Verkäufer sein Recht selbst ausübt, muß auch bezüglich deren zu Recht bestehen, welche ihre Ansprüche an den Käufer von dem Verkäufer ableiten. Hat sich nun der Verkäufer auf einem der obigen Wege seiner Berechtigung auf den Kaufschilling entäußert, so gehen auch seine sämmtlichen Berechtigungen, also auch sein Vorzugsrecht auf den über, zu dessen Gunsten dieses geschah. Dies geht aus dem allgemeinen Grundsatz hervor, daß die Nebensache der Hauptsache folgen muß, und der von der Redaktion in der Note *) S. 118 aufgestellten Ansicht, daß das Vorzugsrecht nur im Falle einer ausdrücklichen Cession mit dem Kaufschilling übergehe, steht theils der obige allgemeine Rechtsgrundsatz, theils die Fassung der L.R.S. 1692 und 2112 (wonach die Cession oder Rechtsübertragung mit der Forderung auch die Vorrechte derselben überträgt), theils der Umstand, daß die in der Verweisung liegende Entäußerung zu Gunsten eines Andern eine volle Rechtsübertragung enthält, theils die Natur der Sache entgegen, indem kein Grund gefunden werden kann, aus welchem gerade nur bei der Cession, nicht aber bei ähnlichen Akten, in welchen der Berechtigte seiner Befugniß zu Gunsten Anderer aufgibt, ein solches Vorrecht übergehen sollte.

Ebensowenig kann hiergegen aus dem Grunde Einwand erhoben werden, weil etwa die Forderung des Gläubigers an den Verkäufer eine vorrechtslose war. Diese Frage berührt nur das Verhältniß zwischen dem Verkäufer und seinem Gläubiger. Wie aber jeder Gläubiger gleichzeitig auf verschiedene Weise Vollstreckung begehren kann, so kann natürlich auch der Schuldner auf verschiedene Art Zahlung leisten, und nur von den ihm zu Gebot stehenden Mitteln hängt es ab, ob dieses auf eine den Gläubiger sichernde Weise oder nicht geschah. Besser gedeckt freilich ist derselbe, wenn er statt einer handschriftlichen Forderung, eine durch Pfand- oder Vorzugsrecht gesicherte zugewiesen erhält, ist dies aber geschehen, so kann er sie auch mit dem Pfand- und Vorzugsrecht geltend machen, und dem zur Zahlung angewiesenen Schuldner kann nimmermehr eine Einrede gegen die Geltendmachung der an seine Schuld geknüpften Vorrechte deßhalb

zustehen, weil die ursprüngliche Forderung vorzugslos gewesen sei.

Vielmehr sind nur die verwiesenen Gläubiger nach der Auslegung ihrer Verweisung berechtigt, eine Kaufschillingsforderung mit ihrem Vorzugsrechte geltend zu machen, und gehen damit allen den Gläubigern des Käufers vor, welche erst diesem gegenüber ein Pfandrecht auf die betreffende Liegenschaft erworben haben, weil ja der Käufer die Liegenschaft mit der Belastung des Vorzugsrecht erwarb, und erst dann als frei verpfänden kann, wenn das Vorzugsrecht auf gesetzliche Weise (z. B. durch Zahlung, Erlassung der Schuld ꝛc.) aufgehoben worden ist, und weil die Gläubiger des Käufers an der Liegenschaft nicht mehr Rechte erwerben können, als dem Käufer selbst zustanden.

Es liegt daher (obschon zur Vorsicht gerathen sein mag, die Verweisung mit Bezug auf den Steigerungsakt und das darin vorbehaltene und eingetragene Vorzugsrecht ins Grund- und Pfandbuch eintragen zu lassen) für den verwiesenen Gläubiger nirgends eine rechtliche Nothwendigkeit vor, dem Käufer gegenüber erst einen Eintrag zu erwirken, da er schon durch den von dem Verkäufer oder Namens desselben bewirkten Eintrag des vorbehaltenen Vorzugsrechts dem Käufer gegenüber, welcher durch die Verweisung erfährt, wohin er Zahlung zu leisten hat, bestens gesichert ist, und man unmöglich von ihm verlangen kann, wegen etwaiger Gläubiger des Käufers einen Eintrag zu nehmen, welcher dem Käufer selbst gegenüber als rein überflüssig erscheint.

Man würde auch bei Annahme der entgegengesetzten Ansicht zu in sich widersprechenden Resultaten gelangen. In dem einen Falle würde in allen den Fällen, in welchen der Verkäufer einer Liegenschaft, der in der glücklichen Lage ist, unbedrängt von Gläubigern seine Kaufschillingsforderung mit ihrem Vorzugsrechte für sich behalten zu können, allen den Gläubigern vorgehen, welche erst dem Käufer gegenüber Pfand- oder Vorzugsrechte erworben haben, in dem andern Falle aber würden, wenn ein mit — einfachen oder privilegirten — Schulden belasteter Eigenthümer seine Liegenschaft freiwillig oder zwangsweise veräußert, dabei das Vorzugsrecht des Kaufschillings gehörig gewahrt und die Gläubigerschaft ordnungsmäßig verwiesen wird, trotz alledem die so verwiesenen Gläubiger ohne alle Rücksicht auf jenes Vorzugsrecht den später eingetragenen Gläubiger des Käufers nachstehen müssen, obschon dieser erst dann die Liegenschaft als frei verpfänden kann, wenn er das Vorzugsrecht abgeführt hat. Hier ließe man dem früheren Eigenthümer, der materiell von der Liegenschaft nichts mehr hat, und sich nach redlicher Verweisung seiner Gläubiger auf den bevorzugten Erlös darum auch nicht mehr zu bekümmern braucht, dennoch das nackte Vorzugsrecht, das für ihn so gar keinen Werth hat, das aber, der bei der Versteigerung und Fertigung der Verweisungen vorgelegenen Absicht durchaus zuwider, den verwiesenen Gläubigern entzogen bliebe, und dadurch diese in Nachtheil gegenüber den Gläubigern des Käufers brächte, deren Rechte doch erst nach Abtragung des mit Vorzugsrecht gesicherten Kaufschillings unbehindert wirksam werden können. Legt man aber den verwiesenen Gläubigern auf, einen Pfandeintrag zu bewirken, so hängen sie bei dem bedungenen wie bei dem richterlichen Unterpfandsrecht von dem guten Willen oder der Chikane des Käufers ab, und gehen dabei noch im allerbesten Falle einige — oft äußerst wichtige — Tage an der früher bestens gewahrten Priorität des Vorzugsrechtes verloren, von denen man nicht weiß, wohin sie gekommen sind und deren Verlust doch auch der Verkäufer nicht gewollt und überhaupt Niemand verschuldet hat.

Ein derartiges Resultat liegt sicherlich außer aller Absicht einer Gesetzgebung, und wenn, wie aus dem Inhalt der Belehrung auf S. 118 des Eingangs erwähnten Aufsatzes hervorgeht, der einfache Sinn des Volkes die Sache bisher in der in den Entscheidungsgründen des oberrheinischen Hofgerichts mehrfach anerkannten Weise aufgefaßt hat, so spricht gerade diese Auffassung einfacher nur scheinbar verwickelter Verhältnisse nach der Absicht und dem guten Glauben der Vertragspersonen für die bisher festgehaltene Auslegung, welche zu verlassen ein schlagender Rechtsgrund nirgends vorliegt, und welche dabei überall für erworbene Rechte die höhere, den Einflüssen des Zufalls und der Arglist nicht ausgesetzte Sicherheit darbietet.

K. M.

III.

1) In wiefern kann die Rechtspolizei und Justizbehörde einen Pfleger für eine ledige Erbschaft ernennen?

2) Welche Rechtsmittel sind zuläßig, wenn eine solche Ernennung von der einen oder der ande-

ren Behörde erfolgte, ohne daß die Voraussetzungen einer ledigen Erbschaft vorhanden sind?
3) Fall eines negativen Competenzstreites.

1.

Am 9. Oktober 1850 starb zu München die Wittwe des Grund- und Freiherrn Friederich Anton von Benningen von Grombach, Anna Maria von Benningen geborne von Dalberg mit Hinterlassung eines Sohnes und zweier Kinder einer Tochter. Sie hatte durch mehre Testamente über ihr aus Fahrnissen und Forderungen in bedeutendem Betrage bestehendes Vermögen wesentlich zu Gunsten der Kinder ihres Sohnes verfügt.

Nachdem durch den Distriktsnotar Z. in Steinsfurt die Inventur des Nachlasses in Gegenwart der Vertreter der genannten Erbinteressenten vollendet war, wurde unter diesen bestimmt, daß einem Dritten die Verwaltung der Erbschaft so lange übertragen werden solle, bis sie sich über die Rechtsgültigkeit der letzten Willensverordnungen und die Ansprüche an die fragliche Verlassenschaft außergerichtlich vereinigt oder diese Punkte eine gerichtliche Entscheidung erfahren hätten.

Von Seite des Sohnes der Erblasserin wurde zu dieser Verwaltung dessen Rentbeamter in Sinsheim vorgeschlagen, jedoch von den übrigen Erbberechtigten nicht angenommen. Diese brachten vielmehr andere Personen hiezu in Vorschlag.

Hierauf legte der Geschäftsfertiger die Theilungsakten mit Bericht vom 27. November 1852 dem großh. Bezirksamt Sinsheim vor. Er bemerkte in diesem Berichte, daß die Theilung bis jetzt nicht in gütlichem Wege erledigt worden, und daß es daher, damit die Vermögensmasse nicht länger als herrenloses Eigenthum existire, nöthig sei, bis zur ausgetragenen Sache zur Verwaltung derselben einen Erbpfleger aufzustellen, da sich die Parteien über die Person desselben nicht einigen könnten.

Das großh. Amtsrevisorat Sinsheim übergab sodann mit Beschluß vom 29 November 1852, No. 8286 die Theilungsakten dem großh. Bezirksamt daselbst mit dem Antrage, den erwähnten Rentbeamten als Erbpfleger zu verpflichten.

Diese Stelle ernannte mit Hinsicht auf L.R.S. 812 durch Beschluß vom 14. Dezember 1852, No. 38,591 diesen Rentbeamten zum Erbpfleger und nahm ihn in Pflichten.

Gegen diese Verfügung recurrirte der Vertreter der Enkel der Erblasserin an die großh. Regierung des Unterrheinkreises, welche durch Erlaß vom 26. April 1853, No. 9107, den Rekurs für begründet erklärte, und das großh. Bezirksamt Sinsheim anwies, nach vorheriger Vernehmung beider Theile einen anderen Erbpfleger zu ernennen und zu verpflichten.

Hiergegen ergriff der Sohn der Erblasserin den weiteren Rekurs an das großh. Justizministerium, welches unterm 30. Juli 1853 folgendes Erkenntniß gab:

„J. E., daß die Verlassenschaft der Freifrau Anna Maria von Benningen nicht erblos, auch, da die Erben volljährig und theils persönlich theils durch Bevollmächtigte anwesend sind, zu einer Staatsfürsorge im Rechtspolizeiwege kein Grund vorhanden ist;

i. E., daß dagegen die Gerichte zur Aufstellung eines gerichtlichen Hüters nach L.R.S. 1961, Abs. 2 berechtigt sind, wenn Eigenthum oder Besitz unbeweglicher oder beweglicher Sachen unter zweien oder mehreren Personen streitig sind, letzteres nach den Erklärungen der Bevollmächtigten den beiden Theilen hier der Fall ist, weßhalb auch das großh. Bezirksamt Sinsheim nicht als Verwaltungsbehörde sondern in Ausübung seiner richterlichen Funktion die Verfügung vom 14. Dezember 1852, No. 38,591, erließ;

i. E., daß hiernach die großh. Regierung des Unterrheinkreises eine giltige Entscheidung dieser Sache nicht treffen konnte, wird unter Verfällung der Rekursen in die Kosten die Verfügung großh. Regierung vom 26. April l. J., No. 9007, als von einer nicht zuständigen Behörde erlassen, wieder aufgehoben."

2.

Gegen die erwähnte bezirksamtliche Verfügung zeigte nunmehr der Anwalt der Enkel der Erblasserin das Rechtsmittel der Appellation an das großh. Hofgericht des Unterrheinkreises an, nachdem er vorher wiederholt das großh. Bezirksamt Sinsheim um Wiederaufhebung der fraglichen Verfügung vergeblich gebeten hatte. Diese Anzeige war auch jetzt noch zuläßig, weil die erwähnte Verfügung der Parthie prozeßordnungsmäßig nie behändigt worden war.

Die Beschwerde war darauf gerichtet, daß das großh. Bezirksamt Sinsheim im vorliegenden Falle überhaupt einen Erbpfleger ernannt und daß dasselbe insbesondere

diesen in der Person des Rentbeamten eines Erbbetheiligten aufgestellt und verpflichtet habe.

Zur Begründung des Rechtsmittels der Appellation wurde folgendes vorgetragen:

1) Die bezirksamtliche Verfügung beruhe entweder auf der Unterstellung, daß hier ein lediges Erbe vorliege, für welches ein Pfleger zu ernennen sei, oder daß ein Besitz oder Eigenthumsstreit über die fragliche Verlassenschaft erhoben worden sei, in dessen Gefolge ein Sequester aufgestellt werden müsse. Beide Unterstellungen seien offenbar unrichtig, sie beruhten auf unwahren Thatsachen und es sei daher die Appellation nach §. 1128, Abs. 4 der P.O. gerechtfertigt. Dieselbe erscheine zugleich, wenn auch bevorzugt, dennoch als ordentliche. P.O. §. 1185, Abs. 2;

2) der bezirksamtliche Beschluß habe den Charakter einer provisorischen Verfügung, indem hiedurch der einstweilige Besitz der fraglichen Erbschaft einem der Erbbetheiligten in der Person dessen Rentbeamten ausschließlich zugewiesen sei;

P.O. §. 684. 1185, Abs. 4.

3) die bezirksamtliche Entscheidung enthalte eine Ladungsversagung in Bezug auf das Gesuch des Appellanten hinsichtlich der Wahl der zur Erbschaftsverwaltung vorgeschlagenen Personen. P.O. §. 283. 1177.

Mit der Appellation wurde zugleich das Rechtsmittel der Beschwerdeführung verbunden.

Das großh. Hofgericht des Unterrheinkreises verwarf mit Beschluß vom 19. November 1853, No. 13,882, III. Civ.-Sen., die ergriffene Appellation in Erwägung,

1) daß das großh. Bezirksamt Sinsheim blos auf eine Vorlage des großh. Amtsrevisorats den Rentamtmann Rees unter Bezug auf L R.S. 812 vorlud und als Erbpfleger verpflichtete;

2) daß das großh. Bezirksamt diese Verfügung in rechtspolizeilichem Wege erließ und eine gerichtliche Verhandlung überall nicht stattfand, indem gar keine Klage und kein gerichtlicher Antrag vorherging, ebensowenig irgend eine Streitverhandlung erfolgte und was hier jedenfalls (selbst wenn eine gerichtliche Streitfrage vorläge) entscheiden müßte, ein richterliches Erkenntniß des Amtes zur Zeit noch gar nicht erging, ein solches daher vor Allem in geordnetem Wege herbeizuführen wäre,

mit Hinsicht auf §. 1125 P.O. vgl. mit §. 353. 684. Hiegegen wurde sodann die Oberberufung angezeigt und hiemit eine auf §. 1199, Abs. 2 der P.O. gegründete Beschwerdeführung wegen Justizverweigerung gegen den unterrheinischen Gerichtshof verkündet und zugleich für den Fall, daß das großh. Oberhofgericht die vorliegende Sache gleichfalls für eine rechtspolizeiliche ansehen sollte, die Bitte gestellt, die Akten wegen des entstandenen negativen Competenzconfliktes dem großh. Staatsministerium zur Entscheidung vorzulegen.

Sobald weitere Entscheidung erfolgt sein wird, soll dieselbe hier gleichfalls mitgetheilt werden.

Karlsruhe, den 20. März 1854.

Link, Rpkt.

IV.

I. Einiges aus dem Rechnungsprozeß.

II. Die Befugniß des Gläubigers, die Rechte seines Schuldners geltend zu machen, darf nur in der Weise ausgeübt werden, daß dadurch auf Befriedigung des Gläubigers hingewirkt wird, mithin ist ein Verzicht und eine Freigebigkeitshandlung des Gläubigers bezüglich des Rechts seines Schuldners für alle andere Betheiligte unverbindlich.

Die großh. Staatskasse hat an Nepomuk Katzenmayer wegen dessen Betheiligung an dem hochverrätherischen Aufstande vom Jahr 1849 eine rechtskräftig zuerkannte Entschädigungsforderung von vielen Tausend Gulden. Da Katzenmayer flüchtig ist und sein zurückgelassenes Vermögen zur Deckung jener Forderung bei weitem nicht hinreicht, so erhob die Staatskasse gegen Rathschreiber Kordeuter eine Klage auf Rechnungsstellung und Herausbezahlung von 293 fl. 12 kr. nebst Verzugszins. Der Beklagte hat nämlich im Auftrage des Katzenmayer mehrere Liegenschaften desselben drei Jahre lang verwaltet, und soll dabei nach Behauptung der klagenden Staatskasse an Pachtzinsen 293 fl. 12 kr. eingenommen haben. Der Beklagte trug einredend vor, daß er bereits dem W. S. Greiner, welcher ebenfalls Gläubiger des Katzenmayer sei, Rechnung gestellt und zugleich seine ganze Einnahme mit diesem verrechnet habe. Der weitere Verlauf des Rechtsstreits bietet kein Interesse dar, und alles für den Zweck dieser Mittheilung sonst Erheb-

liche ergibt sich aus den nachstehenden ihrem wesentlichen Inhalt nach aufgenommenen Entscheidungsgründen zu dem Urtheile des großh. Hofgerichts des Seekreises vom 7. März l. J.

Entscheidungsgründe.

Mit der erhobenen Klage bezweckt der großh. Fiskus zunächst, Rechenschaft über die Verwaltung zu erhalten, welche der Beklagte während dreier Jahre über einen Theil des N. Katzenmayer'schen Vermögens geführt hat. In dieser Beziehung hat der Unterrichter kein Erkenntniß gegeben, da er annahm, daß dem Kläger durch den Beklagten im Laufe der Verhandlungen genügend Rechnung gestellt worden sei, und es hat Kläger Appellant unterlassen, hierwegen eine besondere Beschwerde aufzustellen, so daß im zweiten Rechtszug gemäß P.O. §. 1120 dieser Punkt außer Betracht bleiben muß. Wollte man übrigens davon absehen, so müßte es bei dem unterrichterlichen Ausspruch sein Bewenden behalten, denn der Beklagte hat den Betrag des von ihm Einzuziehenden, die Summe seiner wirklichen Einnahme, die Ausstände und Verluste, sowie unter theilweiser Vorlage der Belege seine Auslagen und Gebühren angegeben. Dies genügt aber, um den Kläger in Stand zu setzen, seine Rechte gegen den Beklagten zu verfolgen, sei es bezüglich der Anforderung des Eingenommenen, oder bezüglich einer Entschädigung wegen Nachlässigkeit in der Betreibung. Auch stände es in des Klägers Befugniß, die Auslagen und Gebühren nicht anzuerkennen und deren Betrag als Kassenvorrath vom Beklagten zu fordern, während es diesem obgelegen hätte, im Wege der Einrede deren Begründung und Beweis zu liefern. Mithin war durch dies Ergebniß der Verhandlungen der großh. Fiskus allerdings klaglos gestellt, soweit es sich um Ablegung der Rechnung handelt. *)

Weiter ist in der Klage gebeten den Beklagten zur Bezahlung desjenigen Betrags der einzunehmenden 293 fl. 12 kr. nebst Verzugszins zu verurtheilen, über dessen Verwendung er sich nicht durch Rechnungsstellung auszuweisen vermöge. Die Zulässigkeit dieses Gesuchs ist, obschon P.O. §. 279 dagegen spricht, bei dem Mangel einer Beschwerde des Beklagten hier nicht weiter zu prüfen. Jedenfalls muß dasselbe auf die Summe der wirklichen Einnahmen beschränkt werden, da nur diese der Beklagte abzüglich seiner Verwendungen und Gebühren unbedingt auszufolgen hat, dagegen versäumte, ausstehende oder in Verlust gerathene, Einnahmeposten nur im Falle von Gefährde oder Versehen ersetzen muß (L.R.S. 1992. 1993), welche nachzuweisen, Sache des Klägers ist; Gefährde und Versehen sind aber niergends behauptet, und demnach muß die Klage in dem Sinne aufgefaßt werden, daß das Begehren um Auszahlung lediglich auf den Grund der Behauptung einer wirklich erfolgten vollen Einnahme von 293 fl. 12 kr. gestellt worden ist. Da der Beklagte nur eine wirkliche Einnahme von 174 fl. 36 kr. zugegeben, und der Kläger eine größere Einnahme nicht dargethan hat, so konnte nur diese berücksichtigt, und mußte die Klage, soweit sie sich auf einen Mehrbetrag der Einnahme stützt, abgewiesen werden.

Die vom Beklagten vorgeschützte Haupteinrede ist bezüglich der Behauptung, daß derselbe schon einmal vollständig Rechnung abgelegt habe, jetzt nach dem oben geschilderten Stand der Sache unerheblich. Hieran ist sodann die Einwendung geknüpft, daß der Beklagte in Folge dieser Rechnungsstellung mit dem W. S. Greiner als Gläubiger des N. Katzenmayer den Ueberschuß der Einnahme verrechnet habe. Sofern W. S. Greiner wirklich Gläubiger des N. Katzenmayer ist, könnte man demselben das Recht nicht bestreiten, das Guthaben des N. Katzenmayer bei dem Beklagten zu seiner Befriedigung außergerichtlich in Anspruch zu nehmen, da nach L.R.S. 1166 hiezu weder eine gerichtliche Einweisung noch eine Ermächtigung von Seiten des Schuldners nöthig ist; (Annalen 1853 S. 293 O.Z. 30) und da auch die gesetzlichen Voraussetzungen ausweislich des Klagvortrags vorhanden sind. Allein zur Befreiung des Beklagten gehört nothwendig die Befriedigung des W. S. Greiner, denn nur zu diesem Zwecke ist das Recht des L.R.S. 1166 eingeräumt. (Zachariä F.C.R. II. Bd. S. 252 O.Z. 3.) W. S. Greiner durfte daher über das Guthaben nicht in einer Weise verfügen, welche, ohne seine gänzliche oder theilweise Befriedigung herbeizuführen, dessen Erlöschung zur Folge hatte; demnach durfte er weder die Schuld erlassen, noch durch ein Anerkenntniß über früher geschehene Tilgung sie beiseitigen. Eine solche Erklärung wäre nur für ihn verbindlich, nicht aber für den ursprünglichen Forde-

*) Der Richter hat natürlich keine Pflicht, in einem Rechnungsprozesse die Rechnungsstellung des Beklagten aufzunehmen; dies mag der Beklagte privatim entweder selbst oder durch einen Notar besorgen. D. R.

rungsberechtigten und dessen andere Gläubiger, deren Rechte durch Zulassung einer solchen Disposition im höchsten Grade gefährdet wären. Wendet man dieß auf die vorliegende Einrede an, so zeigt sich deren Verwerflichkeit. Nirgends ist darin gesagt, daß der Beklagte eine Zahlung an W. S. Greiner gemacht, oder daß eine Schuld des Greiner getilgt, oder daß die Forderung des Greiner an Katzenmayer vermindert worden wäre, sondern es ist nur angeführt, daß Greiner die auf der Einnahme ruhenden Lasten anerkannt, auf den Ueberschuß verzichtet und die Ausstände dem Beklagten überlassen habe. Dieß sind aber gerade solche Vorgänge, deren Unverbindlichkeit für andere Betheiligte oben dargethan ist. —

Zwar wird auch erwähnt, der Einnahmeüberschuß sei an einem Kaufpreise abgerechnet worden, allein diesen Kaufpreis schuldet der Beklagte an Greiner, und somit hat dieß keinen Sinn, wenn man nicht etwa unterstellt, der Kaufpreis sei im Hinblick auf das fragliche Uebereinkommen höher festgesetzt worden, was zwar dem Greiner einen Vortheil verschaffte, aber seine Forderung an N. Katzenmayer unvermindert fortbestehen ließ, mithin wiederum keine rechtsgültige Tilgung ist. Selbst wenn man die im Beweisverfahren vorgelegte Urkunde und Erklärung des Greiner berücksichtigen wollte, würde das Ergebniß das gleiche sein.

P.

V.

Die Benachrichtigung eines Unterpfandsgläubigers von dem Versteigerungstage nach §. 1024 der P.O. geschieht rechtsgiltig durch die Zustellung der Ankündigung durch den Gerichtsboten.

§. 248 der P.O.

Unter den Unterpfandsgläubigern des Martin Ochs von Walduln befand sich Karl Ochs.

Die Versteigerungsankündigung an den Letztern geschah durch den Gerichtsboten in der Art, daß die Fertigung der Ehefrau desselben zugestellt wurde, da Karl Ochs selbst zur Zeit der Zustellung in dem Kreisgefängniß sich befand.

Dieser machte daher nach Maßgabe des §. 1024 der P.O. und der L.R.S. 2185—89 von dem Rechte des Nachbietens Gebrauch, behauptend, die Zustellung an seine Frau könne für ihn keine Rechtswirkung äußern, da er zur Zeit der Zustellung seinen Aufenthaltsort in der Strafanstalt gehabt habe, dieses dem Vollstreckungsbeamten und Gerichtsboten bekannt gewesen sei, und überdies das Gesetz keine Zustellung der Ankündigung verlange, sondern ausdrücklich eine Benachrichtigung vorschreibe.

Auch habe er durch seine Ehefrau keine Nachricht von der Versteigerungstagfahrt erhalten, diese in Folge seiner Verhaftung nicht in der Lage gewesen, ihm hievon Kenntniß zu geben.

Das großh. Bezirksamt Achern erkannte:

Der Unterpfandsgläubiger Karl Ochs sei mit seinem Antrag auf nochmalige Versteigerung der fraglichen Liegenschaften abzuweisen.

In den Entscheidungsgründen ist gesagt: nach §. 116 verglichen mit 12. 13. 25. 26. 28 der Verordnung über Aufstellung der Vollstreckungsbeamten vom 7. Juli 1851 gehöre die Zustellung der Versteigerungsankündigung nach §. 1024 der P.O. zu dem Dienste der Gerichtsboten.

Das mittelrheinische Hofgericht, an welches diese Rechtssache im Wege der Appellation gelangte, bestätigte das amtliche Erkenntniß nach Urtheil vom 17. März 1853, No. 1385, III. Civ.-Sen. Die Motive zu demselben besagen:

Der Klage steht der §. 248 der P.O. entgegen, da nach der Beurkundung des Gerichtsboten die Vorladung zur Zwangsversteigerung in Abwesenheit des Karl Ochs dessen Ehefrau behändigt worden ist.

Der §. 113 der Instruktion für Gerichtsbote und Vollstreckungsbeamte vom 21. November 1851, wornach die Ankündigung der Steigerungstagfahrt an die Betheiligten mindestens 8 Tage vor der Versteigerung durch den Gerichtsboten zugestellt werden soll, enthält für den Fall, da Einer derselben nicht persönlich angetroffen wird, keine besondere Bestimmung, da es bei der Regel des §. 248 der P.O. sein Verbleiben haben muß, abgesehen davon, daß das großh. Justizministerium, von welchem jene Verordnung ausgegangen ist, organisationsmäßig die Prozeßordnung nicht hätte abändern können.

Scholl,
Rechtspraktikant in Karlsruhe.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXI. **No. 18.** Mannheim, 29. April **1854.**

I.

Diätenreglement

vom

30. Juli 1804 (Reg.-Bl. No. 29. 30, S. 125. 133)

und

14. September 1808 (Reg.-Bl. No. 30, S. 257),

modificirt durch

Staats-Ministerial-Erlaß vom 23. Juni 1848, No. 1461.

Für Justizbeamte zusammengestellt.

1. Betrag der Diäten.

An Diäten beziehen *):

1) Der Oberhofrichter 9 fl.

2) Der Oberhofgerichtskanzler 8 fl.

3) Die Vorstände der Hofgerichte und der Vicekanzler des Oberhofgerichts 7 fl.

4) Oberhofgerichtsräthe 6 fl.

5) Hofgerichtsräthe als Assisenpräsidenten 6 fl.

Justizministerialerlaß vom 20. August 1853, No. 7253. (J.II S. gegen Maier und Genossen.)

Sonst ist die Diät der Mitglieder **) der Hofgerichte auf 5 fl. herabgesetzt.

Sechste Classe: Amtmänner, auch wenn sie einen höhern Charakter haben, bei auswärtigen Verrichtungen innerhalb des Amtsbezirks (Justizministerialerlaß vom 16. Januar 1818, Reg.-Bl. No. 3, S. 18 und vom 23. Oktober 1811, No. 2572 in ser.; Ministerialerlaß vom 16. Januar 1818, No. 354; §. 19 des Diätenreglements vom 30. Juli 1804 und Abs. 2 des Eingangs zu dem Diätenreglement vom 14. September 1808) 4 fl.

Achte Classe: Expeditoren, Registratoren, Oberhofgerichts- und Hofgerichtssekretäre 3 fl. 30. kr.

Neunte Classe: Amtsassessoren, auch wenn sie Amtsverweser sind (Ministerialerlaß vom 14. März 1834, No. 2655), 3 fl.

Auch die von dem Ministerium ernannten besoldeten Rechtspraktikanten bei den Bezirksämtern haben für Dienstreisen, bei welchen sie nicht als Aktuare fungiren, sondern selbstständige Geschäfte besorgen, eine Diät von 3 fl. anzusprechen *).

Staatsministerialerlaß vom 27. Dezember 1851, No. 2058. (M.V.O.Bl. 1852, No. 4, S. 10).

Elfte Classe: Kanzleipraktikanten, d. h. junge Männer, welche die Prüfung in der Rechtswissenschaft erstanden haben und mit oder ohne Gehalt zu Sekretariatsgeschäften verwendet werden (Finanzministerialerlaß vom 19. März 1812, No. 612) Oberhofgerichts- und Hofgerichtskanzlisten 2 fl. 30 kr.

Zwölfte Classe: Amtsaktuarien, auch Rechtspraktikanten, welche deren Dienst versehen (Ministerialerlaß vom 1. August 1817, No. 7428; Finanzministerialerlaß vom 19. August 1817, No. 13546) 2 fl.

Fünfzehnte Classe: Oberhofgerichts- und Hofgerichtskanzleidiener 1 fl. 15 kr.

Sechzehnte Classe: Kanzleiboten des Oberhof- und Hofgerichts 1 fl. 12 kr.

Siebenzehnte Classe: Amtsdiener 1 fl.

Achtzehnte Classe: Diener der Justizbeamten 48 kr.

Neunzehnte Classe: Boten 40 kr.

---

*) Bei Commissionen außer Landes die Hälfte mehr. Staatsministerialerlaß vom 23. Juni 1848, No. 1461.

**) Schon nach dem Nachtrag vom 14. September 1808 (Reg.-Bl. No. 30) hatten bei Mittelstellen die Collegialassessoren die gleiche Diät wie die Collegialräthe.

*) Unbeschadet der ihnen für die Dienstversehung bewilligten Taggebühr (Ministerialerlaß vom 25. Juni 1827, No. 6332).

II. Regeln bei der Anwendung des Diätenreglements*).

A. Allgemeine.

1) Unter Diäten werden keine Tagsgebühren für Geschäfte, sondern blos Zehrungsgebühren verstanden, welche bei Arbeiten außerhalb des Wohnorts angerechnet werden dürfen (B. §. 10 des Diätenreglements vom 30. Juli 1804).

2) Für den Betrag der Diäten ist nicht der persönliche Charakter und Rang des Beamten, sondern die Stelle die er begleitet, maßgebend (§. 19 des Diätenreglements vom 30. Juli 1804; vgl. Justizministerialerlaß vom 28. August 1827, No. 3975 und vom 23. Oktober 1811, No. 2572).

3) Die Berechnung der Diät soll nicht von der Erreichung der Küche abhängig sein, sondern die Diät darf für eine Verrichtung **), welche mit Einschluß der Reise:

a) nur einen halben Tag erheischt, zur Hälfte;

b) den ganzen Tag dauert, voll angerechnet werden §. 21 des Diätenreglements vom 30. Juli 1804; II. A. desselben vom 14. September 1808).

4) Die volle Diät darf nur angesetzt werden, wenn

a) auswärts übernachtet wird.

Jedoch ist in allen Fällen, wo wegen Uebernachtens die ganze Diät angerechnet wird, die Veranlassung zu demselben zu bemerken, nämlich ob es wegen Entfernung vom Wohnorte oder wegen eines, und wegen welches am andern Tage vorzunehmenden Geschäfts nothwendig war (Finanzministerialerlaß vom 19. Mai 1821. No. 2598),

b) der von einem auswärtigen Dienstgeschäfte zurückkehrende Beamte seinen Wohnort in den Monaten Mai bis einschließlich September erst nach 9 Uhr, — in den Monaten Oktober bis einschließlich April erst nach 8 Uhr Abends erreicht;

sofern das Dienstgeschäft von der Art war, daß wegen dessen längerer Dauer und mit billiger Rücksicht auf die nöthige Erholung der Beamte nicht wohl früher nach Haus kommen konnte.

Staatsministerialerlaß vom 2. Februar 1837, No. 197 (Reg.-Bl. No. 6, S. 31) und Erläuterung desselben vom 23. Oktober 1846, No. 1967. 68 (Reg.-Bl. No. 48, S. 319).

5) Andernfalls, d. h. wenn der auswärts nicht Uebernachtende Abends seinen Wohnort früher erreicht *), soll er nur ²/₃ Th. der Diät beziehen **), wenn die volle Diät mehr als 1 fl. 30 kr. beträgt ***).

Staatsministerialerlaß vom 12. Oktober 1820, No. 3423, Reg.-Bl. No. 16, S. 119; Staatsministerialerlaß vom 1. Februar 1821, No. 237, Reg.-Bl. No. 6, S. 51; Ministerialerlaß vom 30. Juli 1832, No. 10268.

Denjenigen Dienern, deren Diät durch den Abzug eines Drittheils unter 1 fl. 30 kr. herabgesetzt würde (also Denjenigen, welche eine Diät von 2 fl. oder 1 fl. 45 kr. zu beziehen haben), muß die Summe von 1 fl. 30 kr. belassen werden (Staatsministerialerlaß vom 2. Juni 1821, No. 1430).

B. Insbesondere über Anrechnung

a) von Auslagen für Feuerung und Wohnung.

Allen Dienern — ohne Rücksicht auf die Klassen — ist erlaubt, in den Wintermonaten (Oktober bis April, beide einschließlich) die Feuerung aufzurechnen, wenn ihre Amtswürde ein eigenes Zimmer, sohin auch eine eigene Feuerung erheischt, und ist in diesen Fällen, wobei es nicht darauf, ob die Abwesenheit über einen Tag, oder kürzere Zeit andauert, ¹/₁₀ der Diät zu passiren (§. 23

---

*) §. 21 ff. des Reglements vom 30. Juli 1804 modificirt in II. A. bis F. des Diätenreglements vom 14. September 1808.

**) Wenn in einem Tage auswärts mehrere Geschäfte verrichtet, so darf für alle zusammen nur eine Diät aufgerechnet werden, welche unter die einzelnen Geschäfte nach Verhältniß der darauf verwendeten Zeit zu vertheilen ist (§. 30 des Diätenreglements vom 30. Juli 1804).

*) An einer halben Tagsdiät findet kein Abzug statt (Erl. des Direktoriums des Dreisamkreises vom 17. April 1821, No. 7559).

**) Ohne Rücksicht darauf, aus welcher Casse die Diät, oder ob sie von einer Privatperson zu zahlen ist (Finanzministerialerlaß vom 9. November 1820, No. 5118.)

***) Gleichviel ob er Staatsdiener, oder besoldeter, oder unbesoldeter Praktikant ist (Ministerialerlaß vom 30. Juli 1832, No. 10268).

Die Diäten solcher Praktikanten, welche keinen fixen Gehalt haben, unterliegen jedoch diesem Abzug nicht, indem diesen die Diät nicht allein als Entschädigung für Auslagen, sondern auch hauptsächlich als Belohnung für das Geschäft gegeben ist (Finanzministerialerlaß vom 13. Februar 1821, No. 1495 und 1496; Erl. des Direktoriums des Dreisamkreises vom 14. August 1823, No. 18419; Ministerialerlaß vom 16. November 1832, No. 14859).

des Diätenreglements; II. B. des Edikts vom 14. September 1808, Reg.-Bl. No. 30 S. 258; Just.M.Erl. vom 25. November 1809, No. 4059 und vom 28. Dezember 1809, No. 4442; Fin.M.Erl. vom 6. März 1822, No. 2838).

Wenn jedoch Ersatz für einen größern Feuerungsaufwand gefordert wird, so ist dieser Kostenbetrag durch eine besondere Rechnung des Gastwirths oder die ganze Wirthsrechnung oder einen Auszug daraus zu bescheinigen (Finanzministerialerlaß vom 6. März 1822, No. 2838, Finanzministerialerlaß vom 22. Juni 1821, No. 5936; vergl. II. B. des Edikts vom 14. September 1808, Reg.-Bl. No. 30, S. 258; Finanzministerialerlaß vom 15. November 1809, No. 8016 und vom 26. November 1808, No. 8480).

Es kann aber dann neben diesem besonders berechneten Mehraufwand nicht auch noch die Aufbesserung der Diät um $^1/_{10}$ angesprochen werden (Justizministerialerlaß vom 28. Dezember 1809, No. 4442 und vom 25. November 1809, No. 4059).

Neben der Feuerung kann nicht auch noch die Miethe des Wohnzimmers in Berechnung gebracht werden (Justizministerialerlaß vom 28. Dezember 1809, No. 4442; Finanzministerialerlaß vom 16. April 1825, No. 1929), wenn nicht ein Staatsdiener bei einem auswärtigen Dienst neben dem Wohnzimmer noch ein besonderes Arbeitszimmer bedarf, für welches dann angerechnet werden darf:

a) im Sommer entweder $^1/_{10}$ der Diät oder die bescheinigte Mehrauslage (Justizministerialerlaß vom 28. Dezember 1809, No. 4442; Ministerialerlaß vom 8. Juli 1823, No. 9104; Finanzministerialerlaß vom 6. März 1822, No. 2838; erster Nachtrag der Diätenordnung von 1808, S. 7 Lit. B.);

b) in den (oben genannten) Wintermonaten (neben dem $^1/_{10}$ der Diät für Feuerung) der bescheinigte Aufwand. (Finanzministerialerlaß vom 6. Juni 1826, No. 3237; Finanzministerialerlaß vom 14. Juli 1817, No. 13546).

Für Nachtlager, Frühstück, Licht, Trinkgeld, Rasiren, und Frisiren darf aber nichts aufgerechnet werden, da diese Ausgaben in der Diät eingerechnet sind (§. 22 des Diätenreglements vom 30. Juli 1804).

b) der Gebühr für Bedienung.

1) Jeder Staatsdiener der sieben ersten Rangklassen *) (also einschließlich der Amtmänner) ist berechtigt, für seine Bedienung bei auswärtigen Geschäften 48 kr. anzurechnen (§. 15 des Diätentarifs und §. 27 des Diätenreglements vom 30. Juni 1804; Finanzministerialerlaß vom 8. Oktober 1825, No. 5836).

Bei Anrechnung einer halben Diät ist auch nur die Hälfte der Gebühr für Bedienung mit 24 kr., bei Anrechnung von $^2/_3$ oder der ganzen Diät aber die ganze Gebühr für die Bedienung in Ansatz zu bringen (Erlaß der großh. Regierung des Unterrheinkreises vom 11. März 1834, M.A.Bl. 1834, No. 22, S. 153).

2) Einen Kanzlei- oder Amtsdiener mitzunehmen ist jeder Beamte befugt, welcher eine obrigkeitliche Gewalthandlung auswärts zu vollziehen hat (§. 25 des Diätenreglements); also auch der Amtsassessor, so oft er auswärtige Geschäfte hat (Ministerialerlaß vom 14. März 1834, No. 2655).

3) Die unter 1) genannten Staatsdiener dürfen aber für ihre Bedienung dann keine besondere Anrechnung machen, wenn sie einen Kanzlei- oder Amtsdiener oder einen Boten mitnehmen; es wäre denn, daß dieser zu Verschickungen und andern Amtsverrichtungen gebraucht werden müßte, welche ihn hindern, zugleich die persönliche Bedienung des Beamten zu besorgen (§. 26 des Diätenreglements).

c) der Transportkosten.

1) Die Kosten des Transports zu auswärtigen Geschäften werden noch besonders aufgerechnet, und zwar von Dienern:

a) der ersten neun Rangklassen bei jedem auswärtigen Geschäfte;

b) der zehnten und elften Rangklasse in der Regel nur dann, wenn die Entfernung mehr als eine Stunde beträgt; bei minderer Entfernung aber wie von Dienern

c) der weiteren Rangklassen nur dann, wenn der Aufwand von Transportkosten durch besondere bekannte

*) Nach der erneuerten Rangordnung vom Jahr 1808 (Ministerialerlaß vom 12. Mai 1828, No. 4765).

Also kann der Amtsassessor auch als Verwalter der Stelle des ersten Beamten die Gebühr für Bedienung mit 48 kr. nicht anrechnen, da er in der neunten Rangklasse steht (Ministerialerlaß vom 14. März 1834, No. 2655).

oder bescheinigte persönliche oder Zeitverhältnisse gerechtfertigt wird.

2) Als Transportkosten werden vergütet:

a) der wirklich nach Erforderniß der Umstände aufgewendete und bescheinigte*) Fuhrlohn**) nebst Trinkgeld — den Staatsdienern der sechs ersten Rangklassen und den Bezirksbeamten;

b) der aufgewendete Rittlohn nebst Fütterungs- und Trinkgeld — den übrigen Dienern der siebenten bis einschließlich elften Rangklasse; nur wenn sie mit einem oder mehreren andern Dienern sich vereinigen oder besondere Umstände der Person oder der Zeit es nöthig machen, dürfen sie sich eines Wagens bedienen und Fuhrlohn anrechnen (§. 29 des Diätenreglements vom 30. Juli 1804, II. B. des Diätenreglements vom 14. September 1808).

Jedoch sind die bei den Aemtern beschäftigten Rechtspraktikanten berechtigt, in allen jenen Fällen sich eines Wagens zu bedienen, in welchen sie ein auswärtiges Geschäft statt des Beamten vornehmen (Min.Erl. vom 16. Januar 1832, No. 480, vom 27. November 1818, No. 7682 und vom 3. Dezember 1830, No. 12262; s. Annal. 1843, Nr. 30 I., S. 221 — 223).

Von nun an haben sich die Staatsbeamten und die hinsichtlich des Diätenbezugs ihnen gleichgestellten Personen bei auswärtigen Dienstgeschäften auf den Strecken und unter den Umständen, wo dies füglich geschehen kann, statt eines besonderen Gefährtes der Eisenbahn zu bedienen, und können bis herab zu den Kollegialmitgliedern der Mittelstellen (diese eingeschlossen) die Taxe eines Wagenplatzes erster Klasse, alle übrigen aber die Taxe eines Wagenplatzes zweiter Klasse anrechnen, vorausgesetzt, daß sie diese Plätze wirklich genommen haben.

Dabei steht denjenigen Staatsbeamten, welche nach dem Diätenreglement noch die Diät für einen Bedienten ansprechen können, wenn sie einen solchen wirklich mitgenommen haben, die Anrechnung der Taxe eines Wagenplatzes dritter Klasse für denselben zu (Just.M.Erl. vom 10. März 1845, No. 1257).

Auch ist den bei dienstlichen Reisen die Eisenbahn benützenden Staatsbeamten die Anrechnung der Gebühr eines Omnibus oder einer Droschke für den Transport zum Bahnhof und zurück — im Falle wirklichen Gebrauchs — ohne Beschränkung gestattet (Just.M.Erl. vom 22. März 1845, No. 1517).

3) Wer seinen eigenen Wagen mitnimmt, hat — gleichviel, ob er mit eigenen oder Lohnpferden fährt — von einem Wege von vier Stunden das jeweils herkömmliche Postchaisengeld zu berechnen (§. 32 des Diätenreglements vom 30. Juli 1804 und II. E. desselben vom 14. September 1808).

4) Hat ein Beamter eigenes Gefährt, so hat er um Feststellung des aufzurechnenden Fuhrlohns bei der Kreisregierung nachzusuchen, in jedem Kostenzettel aber die Bemerkung beizufügen, daß die Anrechnung für eigenes Gefährt stattfinde (Erl. der großh. Regierung des Unterrheinkreises vom 7. März 1835, M.A.Bl. 1835, No. 23, S. 187).

III. Ueber Dekretur der Kostenverzeichnisse.

Kein Kostenverzeichniß darf ohne die ordentliche Dekretur der betreffenden Stelle aus irgend einer öffentlichen Staats-, Kirchen-*) oder Gemeindskasse**) bezahlt,

---

*) Die Rechnung des Fuhrmanns, auch dessen, mit welchem über Leistung der Amtsfuhren ein Vertrag abgeschlossen worden, ist dem Kostenverzeichniß anzuschließen (Ministerialerlaß vom 5. September 1834, No. 8909).

**) Die Kosten wegen Zehrung des Kutschers und Fütterung der Pferde sind in den Fuhrlohnsakkord jederzeit einzuschließen, so daß also der Kutscher sich und seine Pferde selbst verköstigen muß (Erl. des Direktoriums für den Dreisamkreis vom 27. September 1819, No. 16851).

*) In Fällen, in welchen Diäten aus den Mitteln einer Kirchspielsgemeinde zu zahlen sind, muß das Kostenverzeichniß der großh. Kreisregierung zur Prüfung vorgelegt werden, welche den Stiftungsvorstand zur Ausgabsdekretur zu ermächtigen hat (§. 13 und 15 g. der Verordnung vom 21. November 1820; Reg.-Bl. 1827, No. 1).

**) Bezirksbeamte, welche für Dienstverrichtungen Diäten an eine Gemeinde zu fordern haben, sind schuldig, ihre Kostenverzeichnisse, ehe sie dieselben nach §. 130 der Gemeindeordnung dem Gemeinderath zur Dekretur auf die Gemeindekasse zustellen, vorerst ihrer vorgesetzten Behörde zur Prüfung, sowohl hinsichtlich der Statthaftigkeit der Forderung an sich, als hinsichtlich der einzelnen Ansätze vorzulegen. Die den Beamten vorgesetzte Behörde wird sodann diese Kostenverzeichnisse, sofern sie gegen die Forderung im Allgemeinen nichts zu erinnern weiß, nach etwaiger Ermäßigung der Ansätze mit einem Vidit versehen und dem Beamten zurückgegeben, worauf erst die Ausfolgung derselben an den Gemeinderath zur Dekretur auf die Gemeindekasse stattfindet.

Beamte, welche mit Umgehung dieser Vorschrift Diäten unmit-

noch ohne solche von Privatpersonen, wegen deren der Diener einen besondern Auftrag hatte, eingezogen werden. Nur Beamte können von den Privatpersonen, für welche sie Dienste halber auswärts sein müssen, ohne Dekretur ihre diätenordnungsmäßigen Anrechnungen einziehen, müssen aber die Specifikation der angerechneten und eingezogenen Kosten bei Strafe der Geschenknahme zu den betreffenden Akten legen (§. 39 des Diätenreglements vom 30. Juli 1804).

Die Kostenverzeichnisse müssen das Geschäft und die dazu verwendeten Tage ebenso, wie die einzelnen Forderungsposten bestimmt enthalten und letztere, wo sie nicht ihre Taxe haben, die sie rechtfertigt, durch Belege bescheinigt darlegen (§. 40 ebendaselbst).

Derjenige Diener, welcher die Dekretur zu entwerfen hat, muß alle Ansätze nach der Diätenordnung genau prüfen, alle Unmaße oder Uebermaße, die er findet, wegstreichen, und in allen zweifelhaften Fällen, oder wo eine Ausnahme vom Diener geltend gemacht wird, die nicht im Gesetz schon bestimmt vorgesehen, oder durch die Umstände nicht deutlich zu der gesetzlich bestimmten Ausnahme qualificirt ist, bei seinem vorgesetzten Collegium zur nähern Bestimmung Vorlage machen (§. 41 des Diätenreglements vom 30. Juli 1804).

Stf.

II.

Welcher Haftpfennig darf bei Appellationsverhandlungen vor dem Unterrichter angesetzt werden?

Nach §. 9 der Verordnung vom 17. März 1851, die Gebühren der Anwälte betreffend, werden Appellationsverhandlungen vor dem Untergerichte gleich andern Verhandlungen vor dem Untergerichte belohnt.

Ist diese Bestimmung auch auf den Haftpfennig (die s. g. Arrha) zu beziehen? Hierüber erhoben sich bei dem Hofgerichte zu Mannheim Zweifel, weil im angeführten §. 9 nur von Verhandlungen die Rede ist, der Haftpfennig aber nicht als Belohnung für die Verhandlungen selbst, beziehungsweise einen Theil derselben, erscheint und eine besondere Bestimmung hierwegen nicht getroffen wurde, man somit zu der Ansicht gelangen kann, daß hinsichtlich des Haftpfennigs die frühere allgemeine Regel auch fernerhin anzuwenden ist.

Der Gerichtshof (III. Civ.-Sen.) entschied sich indessen für die Anwendung der Vorschrift des §. 9 auf den Haftpfennig und es wird diese Ansicht durch folgende Gründe zu rechtfertigen sein:

Nach Grund und Zweck der betreffenden Bestimmung läßt sich wohl annehmen, daß es im Sinn jener Verordnung lag, in Fällen der vor dem Unterrichter zu verhandelnden Appellation die Anwaltsgebühren überhaupt, mögen sie mittelbar oder unmittelbar auf das Verfahren vor dem Unterrichter Bezug haben, nach den für das untergerichtliche Verfahren geltenden mäßigeren Taxbestimmungen zu regeln.

Hiemit steht auch die Fassung des §. 9 nicht im Widerspruch, denn mit dem Ausdruck „Appellationsverhandlungen" ist das ganze Verfahren vor dem Unterrichter, soweit es die Appellation betrifft, genügend bezeichnet, auch steht der Haftpfennig, insofern er gemäß Art. I. der alten Taxordnung hauptsächlich als Belohnung für Information und Lesung der Akten, mithin für die erste Vorbereitung zu der Verhandlung der Sache gegeben wird, in nothwendiger Beziehung zu den Verhandlungen selbst. Was von den Verhandlungen selbst gilt, das wird um so mehr von den blos vorbereitenden Geschäften gelten müssen.

Hiezu kommt aber die durch die Erfahrung bestätigte, nach den Verhältnissen auch sehr natürliche Thatsache, daß fast regelmäßig diejenigen Anwälte, welche die Partheien bereits im ersten Rechtszuge vertreten haben, deren weitere Vertretung im Appellationsverfahren bei dem Unterrichter ebenfalls besorgen. Für solche Anwälte erscheint die nochmalige Einräumung des für Prozesse bei den Untergerichten festgesetzten Haftpfennigs um so gewisser als genügend, als ihnen der Inhalt der Akten und die ganze Sache schon vollkommen bekannt ist.

E. Brauer.

---

telbar von einer Gemeinde erheben, sind von Diensteswegen zur Rückerstattung des vorschriftswidrig Erhobenen anzuweisen (Ministerialerlaß vom 31. August 1835, No. 7562; M.A.Bl. 1835, No. 78, S. 678).

III.

Münzfälschung.

Wann ist das Ausgeben falscher Münzen als vollendet zu betrachten?

Annalen XX., S. 355. ff.

Obige Frage wird sowohl in der Wissenschaft als in der Gesetzgebung auf verschiedene Weise beantwortet. Nach der Ansicht vieler Rechtslehrer und nach dem Diktat mehrerer Gesetzgebungen, z. B. der württembergischen gilt das Ausgeben falscher Münzen erst dann als geschehen oder vollendet, wenn das falsche Geld einem Andern nicht nur angeboten oder vorgezählt, sondern von ihm auch angenommen worden ist, man verlangt also hier die Erfordernisse eines Betrugs zur Vollendung, während bei allen übrigen Fälschungen schon der Gebrauch der gefälschten Sache genügt, ohne daß bereits eine Täuschung oder Beschädigung erfolgt zu sein braucht. Dagegen ist nach der Meinung mehrerer Rechtsgelehrten und nach dem Di tat mehrerer Gesetzgebungen das Ausgeben falschen Geldes vollendet, wenn dasselbe als Zahlung angeboten ist, sollte der Empfänger es auch als falsch erkannt und folgeweise nicht angenommen haben; mit andern Worten, es ist das Ausgeben vollendet, wenn von dem falschen Gelde als solchem, d. h. als Geld Gebrauch gemacht ist. Dieses muß auch nach unserm Gesetzbuche angenommen werden, da in §. 510 gesagt ist: „wenn er davon als Geld bereits ausgegeben hat" und der §. 511 ff. besagt: „wer falsche Münzen als Geld ausgibt", worin streng genommen nur die Handlung des Aufzählens oder Anbietens, nicht aber die des Annehmens von der andern Seite liegt.

Häberlin, Grundsätze des Criminalrechts nach den neuen deutschen Strafgesetzbüchern, Bd. IV., S. 263.

Es folgt dies schon aus den allgemeinen Grundsätzen unseres Strafgesetzbuches über Fälschung überhaupt. Die Münzfälschung und ebenso die Fälschung von Papiergeld ist eine Art der Fälschung öffentlicher Urkunden. Denn das Gepräge des Geldes und der Inhalt und die Zeichen des als Geld vorstellenden Papiers enthalten die Beglaubigung und Verbürgung seiner Aechtheit durch den Staat. Die Nachahmung dieser Merkmale zur Hervorbringung des Scheins ächten Geldes fällt also ganz unter den Begriff der Fälschung öffentlicher Urkunden. Dieses Verbrechen gilt aber schon durch den bloßen Gebrauch der falschen Urkunde als vollendet, ohne daß der Eintritt einer Beschädigung hinzukommen muß.

Aschbach, Commissionsbericht über Tit. XXXI. bis XXXVI., S. 6. 7. 54.

Nach der hier entwickelten Ansicht wurde von dem Schwurgericht des Seekreises in folgendem Falle entschieden:

Katharina Leistner von Löffingen nahm am 20. November v. J. 12 falsche Halbguldenstücke von bayerischem Gepräge, welche ihr Liebhaber Joseph Birkle gefertigt hatte, zu sich und begab sich damit nach Freiburg, um sie daselbst auszugeben. In einem dortigen Kaufladen gab sie dem Ladendiener für das von ihr verlangte ¼ Pfd. Kandiszucker eines dieser falschen Halbguldenstücke. Der Ladendiener traute der Sache nicht und rief seinen Herrn herbei, welcher bei näherer Betrachtung das Geld für falsch erklärte und es der Katharina Leistner zurückerstattete, welche sodann keine weiteren falschen Münzen mehr ausgab.

Von den Geschworenen wurde die Frage, ob die Katharina Leistner von den mitgenommenen falschen Halbguldenstücken ein Stück im Einverständnisse mit dem Urheber der Fälschung ausgegeben habe, bejaht, worauf der Schwurgerichtshof die Katharina Leistner zu 2 Jahren Zuchthaus verurtheilte.

Haager.

IV.

Findet die Bestimmung des §. 554 der P.O. auch Anwendung auf Eidespflichtige, welche ausgewandert sind oder sich an einem bestimmten Orte in Nordamerika aufhalten?

Annalen IX. 141. XVII. 196. 224.

Die vorausgestellte Frage bejahte das mittelrheinische Hofgericht in dem Erkenntnisse in Sachen des Carl Leichtlin in Carlsruhe gegen die Wittwe des Revisors Gaupp von da vom 5. Oktober 1852, No. 6827, II. Sen.; indem dasselbe das Untergericht anwies, den dem Kläger auferlegten Eid durch Ersuchschreiben bei dem ordentlichen Gerichte des dermaligen Aufenthaltsortes des Carl Leichtlin in New-York ordnungsmäßig abnehmen zu lassen, wenn die Beklagte nicht vorzieht, innerhalb einer ihr

vom Unterrichter anzuberaumenden Frist für die Reise des Klägers nach Karlsruhe und seinen nothwendigen Aufenthalt daselbst, einen Kostenvorschuß von 300 fl. zu leisten.

Die hierauf bezüglichen Entscheidungsgründe besagen:

Für die Anwendung des §. 554 der P.O. auf den vorliegenden Fall war Grund vorhanden. Der dermalige Aufenthaltsort des Klägers ist unbestrittenermaßen New-York und damit das dortige zuständige Civilgericht dermalen auch sein gewöhnlicher Richter. Zur Anwendung der angezogenen Gesetzesstelle ist mehr nicht erforderlich als daß der Aufenthaltsort des Schwörenden über 12 Stunden vom Sitze des Gerichts entfernt sei; daß derselbe zugleich der Wohnsitz des Schwörenden im gesetzlichen Sinn sei, ist nicht erforderlich, denn das Gesetz sagt dies nicht, und ist kein Grund vorhanden, eine derartige Beschränkung in das Gesetz hinein zu legen, dessen Absicht nicht gewesen ist, die Parteien für die ganze Dauer des Prozesses an den Gerichts-, beziehungsweise ihren Wohnsitz zu binden, oder ihren Stand in oft sehr gefährdender Weise zu erschweren, wenn sie ihren Aufenthaltsort anderswohin verlegen. Sind demnach überhaupt an dem jetzigen Aufenthaltsorte des Klägers die Bedingungen zu einer ordnungsmäßigen Eidesabnahme vorhanden, und daß dies der Fall sei, ist von ihm behauptet worden, und durch die auf seinen Antrag zu erlassenden Ersuchschreiben leicht festzustellen, so kann sein auf §. 554 der P.O. gegründetes Verlangen, ihn zu New-York schwören zu lassen nicht abgeschlagen werden, wenn nicht die Gegenpartei die vorschüßliche Zahlung des Kostenbetrags für die Reise vorzieht.

Scholl,
Rechtspraktikant in Karlsruhe,

V.

Ueber die Bewirkung der Zustellung durch die Parthie selbst.

§. 252 der P.O.

In Sachen des Alois Koch in Baden gegen die Gemeinde Burbach, Forderung betreffend, wurde eine Zustellung für wirkungslos erklärt, weil die Parthie die Arrestverfügung an die Gegenparthie selbst, statt an den Gerichtsboten zur Zustellung an dieselbe behändigt hatte. Es ist hiermit die prozessualische Bestimmung des §. 252 nicht allein auf andere Verfügungen als gerade Ladungen ausgedehnt und derselbe mit Bezug auf §. 251 dahin ausgelegt, daß unter „Bewirkung der Zustellung“ nicht die an die Gegenparthie, sondern die an den Gerichtsboten zu verstehen sei.

Die hierher bezüglichen Entscheidungsgründe zu dem Urtheil des großh. Hofgerichts des Mittelrheinkreises vom 13. Oktober 1853, No. 6485, II. Civ.-Sen., lauten:

In Erwägung, daß nach §. 261. 265. 266. 277 der früheren P.O. (§. 247. 251. 252. 264 der neuen) die Einhändigung eines richterlichen Beschlusses durch einen verpflichteten Gerichtsboten geschehen muß;

in Erwägung, daß wenn der §. 252 der P.O. der Parthie gestattet, zu verlangen, daß die Bewirkung der Zustellung ihr selbst überlassen werde, eine Vergleichung mit dem vorausgehenden §. 251, sowie der Umstand, daß die allgemeine Vorschrift des §. 247 vorangestellt ist, keinen Zweifel darüber übrig läßt, daß damit der Parthie nur die Behändigung des Beschlusses an den verpflichteten Gerichtsboten überlassen werden wollte;

in Erwägung, daß nach der eigenen Behauptung des Klägers das Arrestdekret dem Bürgermeister von Burbach durch den Kläger selbst überbracht wurde;

in Erwägung, daß folglich eine ordnungsmäßige Behändigung desselben nie stattfand und daß mithin die an die gehörige Eröffnung des Arrestdekretes geknüpften Folgen, der Beklagten gegenüber, nie in Wirksamkeit treten konnten;

mußte Kläger abgewiesen werden.

Scholl.

VI.

Kosten der Zeugeneinvernahme in Württemberg, welche auf Ersuchen badischer Gerichte in einer bei diesen anhängigen Rechtssache dort stattfindet.

Zu §. 425. 432. der Pr.O.

Nach einer von dem königl. württembergischen Gerichtshof für den Neckarkreis zu Eßlingen am 17. März d. J. (J. S. des Freiherrn Heribert von Venningen gegen Mathias Eduard Wöhrle von Wetzlar, Waidrecht betr.) dem großh. Hofgericht des Unterrheinkreises auf Anfrage gegebenen Auskunft müssen dort nicht blos den berufenen Zeugen, sondern auch allen sonstigen

damit beschäftigten Personen Gebühren bezahlt werden, wenn ein Oberamtsgericht von einer **auswärtigen** Gerichtsstelle in einer im **Auslande** anhängigen Rechtssache um Vornahme eines Zeugenverhörs angegangen wird, so namentlich

a) einem Aktuar oder Assistenten für das Lesen der Akten zum Zwecke der Vorladung der Zeugen, der Parteien und ihrer Anwälte, sowie zur Vorbereitung auf das Verhör 1 — 5 fl.,
für die Vornahme des Geschäfts selbst auf einen Tag, zu 8 Stunden gerechnet, am Gerichtssitze 1 fl. 30 kr.,
für ein einfaches Vorladungsschreiben 12 kr.,
b) jedem der Gerichtsbeisitzer für die Stunde 6 kr.,
c) den Zeugen für die Reise und den Aufenthalt am Gerichtssitze für die Stunde 6 kr.,
d) dem Gerichtsdiener für die Bedienung während des Zeugenverhörs per Tag 24 kr. und für die Besorgung der Schreiben auf die Post, Reinigung des Arbeitslocals u. s. w. 30 kr.

Stf.

VII.

L.R.S. 241.
§. 64 der Eheordnung.

Ladung des abwesenden Beklagten in einer Ehescheidungssache und dessen Vertretung.

In einer Ehescheidungssache (Reinhard gegen Reinhard), in welcher der beklagte Theil, der Ehemann, abwesend war, hat das großh. Oberhofgericht dem betreffenden Amte die Weisung ertheilt, nachträglich noch:

a) eine öffentliche Aufforderung, in welche das Wesentliche des Klagvortrags aufzunehmen, an den Beklagten zu erlassen, mit der Auflage, innerhalb einer festzusetzenden angemessenen Frist zu erscheinen und seine Vernehmlassung auf die Klage abzugeben, bei Vermeidung, daß er sonst mit dieser und seinen Einwendungen ausgeschlossen würde; sodann:
b) wenn er erscheine oder sich durch einen gehörig Bevollmächtigten vertreten lasse, die weiteren Verhandlungen zu pflegen; andernfalls
c) einen Rechtsfürsprecher nach §. 64 der Eheordnung für ihn aufzustellen, insofern der bisher im Namen des Beklagten aufgetretene Abwesenheitspfleger nicht schon in jener Eigenschaft aufgestellt worden sein sollte, und unter Zuziehung des ernannten Rechtsfürsprechers über die Klage weiter zu verhandeln.

Stf.

VIII.

Wann ist eine Verschleppungsbuße gegen den Prokurator zu erkennen?

Zu §. 610 der Pr.O.

Wenn eine Partei in zweiter Instanz ihre Schriften durch einen Schriftverfasser fertigen und dieser sie durch einen Gewalthaber einreichen läßt, so trifft die nach §. 609 der Pr.O. wegen Versäumniß einer Frist zu erkennende Geldstrafe den Gewalthaber nur dann, wenn ein Versäumniß desselben bei Ueberreichung des betreffenden Schriftsatzes constatirt ist.*)

Denn wenn auch der Gewalthaber nach §. 128 der Pr.O. für die Formfehler und Ordnungswidrigkeiten der von ihm überreichten, wenn auch von einem Dritten verfaßten, Vorträge haftet, so ergibt sich doch aus §. 154 vergl. mit §. 153 der Pr.O., daß diese Verantwortlichkeit des Gewalthabers sich nicht auf die Versäumnisse eines von der Partei aufgestellten Schriftverfassers erstreckt, für dergleichen vielmehr dieser selbst zu haften hat.

Oberhofgerichtlicher Erlaß vom 21. März 1854, No. 1033. (J.S. Schäfer gegen Knopf.)

Stf.

*) Nach der von großh. Oberhofgericht ausgesprochenen Ansicht wird in den meisten Fällen ein disciplinäres Verfahren zur Ermittlung des Strafbaren eintreten müssen.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXI. No. 19. Mannheim, 6. Mai 1854.

I.

Ueber die Nichtigkeitsklage gegen Schiedssprüche und insbesondere darüber:

1) daß diese Klage nur in dem durch §. 211 P.O. bezeichneten Fällen zuläßig ist und mithin nicht auf die Behauptung gestützt werden kann, daß bei den schiedsrichterlichen Verhandlungen die Vorschriften des Verfahrens verletzt worden seien.
2) Darüber, daß die mangelhafte Bezeichnung der streitigen Gegenstände in dem Schiedsvertrage dann kein Nichtigkeitsgrund ist, wenn sich dieselben aus andern mit jenem Vertrage in Zusammenhang stehenden Urkunden mit zureichender Bestimmtheit ergeben.
3) Darüber, wie die im Schiedsvertrage zur Ertheilung des Schiedsspruchs bestimmte Frist berechnet werden muß, wenn ein Anfangsziel derselben nicht festgesetzt ist.
4) Darüber, daß, wenn ein Schiedsrichter die Wahl nicht annimmt und der Schiedsvertrag für einen solchen Fall keine Bestimmung enthält, die auf Veranlassung des Gerichts geschehene einseitige Ernennung eines andern Schiedsrichters unter Umständen keinen Nichtigkeitsgrund bildet.

Joseph Schnäble und Joseph Auer hatten in Gesellschaft einen Fruchthandel betrieben und geriethen hierwegen mit einander in Unetnigkeit. Auer belangte deßhalb den Schnäble auf Bezahlung seines Antheils am Gesellschaftsgewinn, wurde aber in zwei Instanzen abgewiesen, weil eine Handelsgesellschaft vorlag, und die daraus entstandenen Streitigkeiten durch Schiedsrichter entschieden werden müssen. Auer erhob daher nunmehr eine Klage auf Eingebung eines Schiedsvertrags gegen Schnäble. In der zur Verhandlung über diese Klage anberaumten Tagfahrt vom 27. Januar v. J. wurde ein Protokoll aufgenommen, welches nach dem gewöhnlichen Eingang und einer vollständigen Angabe der Rubrik folgendes enthält:

„Erscheinen beide Theile und vereinigen sich dahin:

Dieselben erwählen als Schiedsrichter u. s. w. (drei Personen), sollte letzterer (der Obmann) die Wahl nicht annehmen, so soll der Richter den Obmann ernennen. Die Zeit, in welcher der Schiedsspruch erfolgen soll, wird auf zwei Monate festgesetzt."

Der Obmann und ein Schiedsrichter lehnten die Wahl ab, worauf der Unterrichter einen andern Obmann ernannte und den Schnäble aufforderte, einen andern Schiedsrichter zu wählen, widrigenfalls das Gericht einen solchen ernennen werde. Schnäble entsprach dieser Auflage und nun wurde von dem im Schiedsvertrage ernannten und von dem durch Schnäble nachträglich gewählten Schiedsrichter im Verein mit dem vom Unterrichter ernannten Obmann die Verhandlung zwischen den streitenden Theilen gepflogen und sofort der Schiedsspruch gegeben. Diesen focht Schnäble mit der Nichtigkeitsklage an, indem er die in den nachstehenden Entscheidungsgründen mitgetheilten vier Nichtigkeitsgründe geltend machte, allein er unterlag damit in der ersten und zweiten Instanz. Dem Urtheile des großh. Hofgerichts des Seekreises vom 31. Januar l. J. sind beigefügt folgende

Entscheidungsgründe.

Gegen schiedsrichterliche Entscheidungen finden zweierlei Rechtsmittel statt, nämlich die Appellation und die

Nichtigkeitsklage. Sofern es sich, wie hier, um einen Rechtsstreit zwischen Handelsgesellschaftern in Gesellschaftsangelegenheiten handelt, ist die Appellation zulässig, wenn nicht darauf verzichtet worden ist, H.R.S. 52, in Verbindung mit dem seine Gültigkeit darthuenden §. 216 P.O. Dagegen ist dieselbe gegen andere Schiedssprüche nur dann gestattet, wenn sie im Schiedsvertrage ausdrücklich vorbehalten wurde. P O. §. 208. Abgesehen von dieser theilweisen Beschränkung der Zulässigkeit ist die Appellation ganz in derselben Ausdehnung aufzufassen, welche sie in gewöhnlichen Rechtsstreiten hat. Ist demnach den Parteien die Möglichkeit eines umfassenden Rechtsmittels in der Appellation gewährt, so folgt daraus, daß das andere Rechtsmittel, die Nichtigkeitsklage, nur ausnahmsweise eintreten kann, wie dies schon deren allgemeine Natur mit sich bringt.

Die Aufzählung der Fälle in §. 211 P.O. ist demnach und in Berücksichtigung der Fassung so auszulegen, daß nur unter den dort genannten Voraussetzungen die Nichtigkeitsklage angestellt werden darf, womit auch von Weiler, Motive S. 14 zu §. 210 P O. übereinstimmt, dies gilt auch für die Fälle des H.R.S. 51, da H.R.S. 52 über die Erfordernisse der Nichtigkeitsklage nichts bestimmt, also die P.O. maßgebend ist. P O. §. 216. In Vergleich mit diesem Grundsatz erscheint der vom Kläger unter O Z. 4 aufgestellte Nichtigkeitsgrund offenbar als verwerflich. Denn wären auch, wie dort geltend gemacht wird, von den Schiedsrichtern bei den Prozeßverhandlungen die Vorschriften des Verfahrens nicht eingehalten worden, so berührte dies weder den Schiedsvertrag noch die Grenzen der Entscheidungsbefugniß, in Hinsicht auf Umfang und Zeit, läßt sich also nicht unter P.O. §. 211 subsumiren, sondern bildet lediglich einen Grund zur Appellation. P.O. §. 1128, O.Z. 2; Oberhofgerichtliche Jahrbücher, n. F. Bd. IX., S. 118—122.

Die übrigen drei Punkte, auf welche sich die Nichtigkeitsklage stützt, sind an und für sich erheblich, da die behauptete Ungültigkeit wegen mangelhafter Abfassung des Schiedsvertrags und die angebliche Erlöschung der Vollmacht der Schiedsrichter durch Aufkündigung von Seiten eines Schiedsrichters und durch Ablauf der für den Schiedsspruch festgesetzten Zeit unter §. 211 P.O. fallen. Dies ergibt sich theils aus dem Wortlaute jener Gesetzesstelle, theils aus der Betrachtung, daß ein erloschener Schiedsvertrag ebenfalls ungiltig ist.

Allerdings entspricht die Urkunde über den Schiedsvertrag (das Protokoll vom 27. Januar v. J.) nicht vollkommen der Vorschrift von P.O. §. 196. 216, H.R.S. 54, da die Bezeichnung der streitigen Gegenstände darin nur durch die Ueberschrift angedeutet ist, allein das Protokoll ist eine Fortsetzung der früheren gerichtlichen Verhandlungen und erhält durch diese die erforderliche Erläuterung; denn in der Klage vom 23. Dezember 1852, welche den Schiedsvertrag veranlaßte, ist die kläger'sche Forderung nach Gegenstand und Größe genau bezeichnet und es ist dort noch eine Klage vom 30. Juli 1851 erwähnt, worin jene Forderung im Einzelnen begründet ist. Da nun die Ernennung der Schiedsrichter mit Bezug auf jene Urkunden geschehen ist und da ihnen solche mit dem Amtsbeschluß vom 17. März v. J., No. 4769, zugestellt wurden, so ist im Hinblicke auf L.R.S. 1108 a. und b., 1134. 1135 und in Anwendung von L.R.S. 6 k. jener Mangel um so mehr für geheilt anzusehen, als der Kläger nicht behauptet, daß die Schiedsrichter über einen unrichtigen Gegenstand erkannt haben, und vielmehr das Gegentheil hiervon sich aus dem Schiedsspruche ergibt.

Oberhofgerichtliche Jahrbücher a. a. O. S. 127. 128. 130; Annalen, XIV. Jahrgang, S. 189.

Was die Frage betrifft, ob dadurch eine Nichtigkeit bewirkt wird, daß im Schiedsvertrag die Zeit, in welcher der Schiedsspruch erfolgen soll, auf zwei Monate festgesetzt ist, der Schiedsspruch aber erst am 9. Mai v. J. also erst über drei Monate nach Abschluß jenes Vertrags gefällt wurde, so ist wohl zu beachten, daß die erwähnte Uebereinkunft nichts darüber sagt, von welchem Zeitpunkte an diese Frist zu laufen beginnen soll, weßhalb hierüber nicht die für einen besondern andern Fall gegebene Bestimmung in P.O. §. 213, O.Z. 3, sondern die allgemeinen Regeln entscheiden.

In Berücksichtigung von L.R.S. 1185 a. 1156 ff. und in Erwägung der allgemeinen Vorschriften über den Anfang von prozessualischen Fristen im VII. Tit. der P.O. muß man daher annehmen, daß jene Frist frühestens von da ihren Anfang nehmen kann, als den Schiedsrichtern ihre Ernennung bekannt gemacht worden, indem sie erst von diesem Zeitpunkte an in Thätigkeit treten konnten, und somit auch erst von da an die allgemein gegebene Fristbestimmung vernünftigerweise eine Grenze ihres Wirkens festsetzen konnte. Da aber erst mit der vollendeten Constituirung des Schiedsgerichts dessen Funktionen möglich wurden, so entscheidet die zuletzt geschehene Eröffnung

der Ernennung, indem diese das Verfahren zur Errichtung des Schiedsgerichts beendete.

Oberhofgerichtliche Jahrbücher a. a. O. S. 117. 122.

Der letzternannte Schiedsrichter nahm nun die Wahl anfänglich nur bedingt an und wurde durch Amtsbeschluß vom 5. März v. J. zur bestimmten Erklärung aufgefordert, worauf er mit Eingabe vom 11. desselben Monats die Wahl unbedingt annahm, so daß erst mit Beschluß vom 14. desselben Monats die Mittheilung der Akten an das Schiedsgericht erfolgte.

Die Zeit der Zustellung des Beschlusses vom 5. März v. J. ergibt sich nicht aus den Akten allein, nach dem Expeditionszeichen ist er erst am 7. jenes Monats ausgefertigt worden, was mit Rücksicht auf die weiter erwähnten Verhältnisse die Einhaltung der zweimonatlichen Frist im Sinne der obigen Erörterung hinreichend darthut. (Vgl. §. 230 P.O.)

Schon im Schiedsvertrage ist die Ernennung des Obmanns dem Richter für den Fall übertragen, daß der von den Parteien gewählte Obmann die Wahl nicht annehme; demnach entspricht es dem Vertrage, wenn der Unterrichter an der Stelle des ablehnenden Notars Müller den Kaufmann Riescher zum Obmann ernannte. Dagegen war für den Fall der Ablehnung eines Schiedsrichters im Vertrage keine Fürsorge getroffen und es ließe sich daher nach Maßgabe von P.O. §. 213, O.Z. 1 wohl sagen, daß mit der Nichtannahme des Schiedsrichteramts von Seiten des Löwenwirths Auer die Vollmacht aller Schiedsrichter erloschen und daher die neue Errichtung des Schiedsgerichts nothwendig war. Allein es lag hier ein gesetzlich gebotenes Schiedsverfahren vor (H.R.S. 51) und so konnte sich keine Partei weigern, einen Schiedsrichter zu wählen (H.R.S. 55. 60), weßhalb das vom Unterrichter eingehaltene Verfahren im Hinblick auf L.R.-S. 6 k., namentlich dem jetzigen Kläger gegenüber keine Nichtigkeit enthält, weil gerade dieser zur Wahl eines andern Schiedsrichters aufgefordert wurde und solche auch vornahm. Ueberdies haben auch beide Theile sich dem so errichteten Schiedsgerichte ohne Weigerung unterworfen und es dadurch stillschweigend anerkannt. L.R.S. 1338 Abs. 2.

Demnach ist keiner der Klaggründe geeignet, den Schiedsspruch als nichtig darzustellen.

Aus diesen Gründen und gemäß P.O. §. 168 wegen der Kosten wurde wie geschehen erkannt.

Dr. Puchelt.

II.

Absichtlich hilflose Niederkunft.

§. 218—221 St.G.B.

Die ledige Franziska Kopp von D. gerieth um Jakobi 1852 in Schwangerschaft. Obwohl sie davon Kenntniß hatte und auch wußte, daß das Gerücht hievon in ihrer Heimathsgemeinde verbreitet war, suchte sie ihren Zustand vor ihrer Mutter und andern Verwandten zu verheimlichen und zu verbergen und darüber zu Rede gestellt, verläugnete sie denselben beharrlich. Ebenso machte sie von ihrer bevorstehenden Geburt, obgleich sie durch die eingetretenen und längere Zeit andauernden Geburtswehen sich der Nähe derselben bewußt war, weder ihrer Mutter noch der Hebamme Anzeige, vielmehr traf sie bei Annäherung der Geburt solche Veranstaltungen, welche offenbar darauf abzweckten, heimlich zu gebähren, indem sie aus ihrer gewöhnlichen Schlafkammer, wo auch ihre Mutter schlief, sich in die untere Wohnstube begab, um hier ihre Niederkunft abzuwarten. Und, wiewohl sie den Beistand ihrer Mutter bei der Niederkunft haben oder die in dem nämlichen Stockwerk in der Nähe der Wohnstube wohnende Nachbarin um Hilfe anrufen konnte, hatte sie dennoch ohne Beisein und Hilfe einer andern Person ihr Kind geboren. Sie kam am 9. März v. J. Nachts zwischen 10 und 12 Uhr, während des Geburtsaktes am Ofen stehend, nieder, indem sie mit einem Stücke Kienholz, das sie halbfingerslang in ihre Geschlechtstheile eingestoßen haben will, bei der Geburt nachzuhelfen versuchte. Als das Kind entwickelt war, wollte sie es mit der Hand aufhalten, es entschlüpfte ihr aber aus der Hand und fiel mit dem Kopfe voraus auf den Boden, wo sie es eine Zeitlang auf dem Gesichte und Bauche liegen ließ. Während das Kind herabstürzte riß ihr die Nabelschnur, welche sie nicht unterband, obwohl sie wußte, daß man bei neugeborenen Kindern die Nabelschnur unterbindet, sondern sie schnitt dieselbe ab. Das Kind hatte, wie die Franziska Kopp gesteht, nach der Geburt gelebt, was sie daran bemerkt haben will, daß es athmete, daß es die Augen ein wenig bewegte, daß es schauderte, zuweilen einen Schnupfer ließ. Auch schon vor der Geburt hatte das Kind durch Hüpfen und Stoßen Leben gezeigt. Eine Viertel- oder halbe Stunde nach der Geburt gab das Kind kein Lebenszeichen mehr von sich. Sie trug alsdann das Kind in ihre Kammer hinauf, legte dasselbe zu sich in das Bett, woselbst sie es liegen ließ, bis sie

dasselbe am 11. März in Abwesenheit ihrer Angehörigen in einer Kammer hinter dem Stalle vergrub. Sie stellte in Abrede, daß sie beabsichtigt habe, das Kind zu tödten. Sie zog in Widerspruch, in der Absicht und Erwartung hilflos niedergekommen zu sein, daß in Folge ihrer Hilflosigkeit der Tod des Kindes herbeigeführt werde, oder daß sie gar ihre Lage zur Tödtung des Kindes habe benützen wollen. Sie sagte, sie habe gedacht, komme ein todtes Kind zur Welt, so könne sie vielleicht die ganze Geburt und Schwangerschaft verbergen und der Schande entgehen, wäre aber das Kind am Leben geblieben, so hätte sie die Geburt ihrer Mutter doch geoffenbart.

Als die Sache zur gerichtlichen Anzeige kam, sagte sie zuerst, sie habe das Kind auf den Kirchhof getragen, wo es aber nicht gefunden wurde. Später bezeichnete sie die Stelle, wo sie das Kind vergraben hatte, und wo es auch gefunden wurde. Es konnte eine ordnungsmäßige Sektion vorgenommen werden, da die Leiche noch nicht in Fäulniß übergegangen war.

Nach dem gerichtsärztlichen Gutachten war das Kind zwar ein frühzeitig geborenes, jedoch lebensfähiges und hatte dasselbe nach der Geburt gelebt und geathmet. Es ist weder an einer angeborenen körperlichen Mißbildung, noch an Erstickung, noch an Erfrierung oder Verblutung aus der Nabelschnur gestorben, sondern es ist der Tod durch Schlagfluß erfolgt und es läßt sich diese Todesart theils durch den Hergang der Geburt selbst, theils durch die von der Wöchnerin angewendete Hilfe zur Beförderung derselben, theils aber auch durch den Sturz desselben aus den Geburtstheilen auf den Stubenboden in Verbindung mit der noch mangelnden Reife desselben sehr wohl erklären, ohne daß man Grund hat, eine anderweitige äußere Gewalt zur Erklärung dieser Todesursache anzunehmen. Wahrscheinlicher ist übrigens, daß der Tod des Kindes von dem Sturze desselben auf den Stubenboden und sodann, wie wohl weniger, von der zur Beförderung der Geburt von der Wöchnerin angewendeten Hilfe, als vom Hergange der Geburt herrühre. So lautet das gerichtsärztliche Gutachten.

Am 17. August v. J. verfügte die Anklagekammer beim Hofgericht des Seekreises:

1) es sei wegen Unzulänglichkeit der Beweise kein Grund zur weitern gerichtlichen Verfolgung wegen Kindsmords vorhanden;
2) es sei diese Sache wegen fahrlässiger Kindestödtung oder wegen absichtlich hilfloser Niederkunft (§. 218 bis 222. St.G.B.) von großh. Hofgericht zu erledigen.

Von dem Hofgericht des Seekreises wurde sodann am 2. November v. J. erkannt, daß wegen Unzulänglichkeit des Beweises kein Grund zur weitern gerichtlichen Verfolgung wegen fahrlässiger Kindestödtung oder absichtlich hilfloser Niederkunft vorliege.

In der hofgerichtlichen Begründung dieses Erkenntnisses ist in Betreff der Tödtung aus Fahrlässigkeit gesagt, daß hier überhaupt nicht von dem Verbrechen der fahrlässigen Kindestödtung, sondern nur von dem der absichtlich hilflosen Niederkunft die Rede sein könne, unter welch letzterem Verbrechen das der fahrlässigen Kindestödtung und noch mehr enthalten sei und daß es überdies an der Gewißheit, daß das neugeborene Kind durch den Sturz auf den Boden das Leben verloren habe und sodann an dem Beweis fehle, daß, wenn auch der Sturz den Tod des Kindes verursacht hätte, dieser Tod als die Folge der Handlung der Angeschuldigten von ihr zur Zeit der Niederkunft vorhergesehen werden konnte. Und in Betreff der absichtlich hilflosen Niederkunft (St.G.B. §. 218—221) ist in der hofgerichtlichen Begründung gesagt:

1) Es ist gewiß, daß die Angeschuldigte absichtlich ihre Schwangerschaft und Niederkunft verheimlicht hat. Ebenso ist
2) gewiß, daß das Kind zwar eine Frühgeburt war, aber gelebt hat und lebensfähig war.
3) Die Angeschuldigte stellt aber in Abrede, daß sie in der Absicht und Erwartung hilflos niedergekommen sei, daß in Folge ihrer Hilflosigkeit der Tod des Kindes herbeigeführt werde, oder daß sie gar ihre Lage zur Tödtung des Kindes habe benützen wollen. (St.G.B. §. 218).
4) Nicht gewiß ist, ob das Kind in Folge der Hilflosigkeit bei der Niederkunft gestorben ist. (St.G.B. §. 220). Nach dem gerichtsärztlichen Gutachten ist es nämlich
   a) gewiß, daß es an Verblutung in Folge unterlassener Unterbindung der Nabelschnur nicht gestorben ist;
   b) nicht wahrscheinlich ist es, daß es in Folge der von der Gebährenden mit einem Kienholz angewendeten Nachhilfe bei der Geburt gestorben ist;

c) nicht gewiß ist es, ob nicht der schwere Hergang der Geburt für sich allein den Tod bewirkt habe;

d) wahrscheinlicher sei es, daß das Kind durch den Sturz desselben mit dem Kopfe auf den Boden den Tod gefunden habe, in Verbindung mit der zur Beförderung der Geburt von der Wöchnerin angewendeten Hilfe.

5) Endlich hatte die vorsätzlich hilflos Gebährende ihr Kind zwar beseitigt, hat es jedoch später producirt. Der §. 221 St.G.B. spricht aber, so ist in der hofgerichtlichen Begründung ausgeführt, nur von den Fällen, da eine Geburt statt hatte, die Frucht aber nicht beigebracht werden kann, weil nur in diesen Fällen die vom Gesetze vorausgesetzte Ungewißheit eine Folge der Verbergung oder Beseitigung sein kann, dagegen die hier vorliegende Ungewißheit lediglich in der Unzulänglichkeit der Gerichtsarzneikunde, also der Wissenschaft der Sachverständigen ihren Grund hat. Es muß daher die Verbergung oder Beseitigung des Kindes in einem Causalnexus stehen mit einem der im Gesetze aufgezählten beiden Fälle der Ungewißheit.

Die absichtlich herbeigeführte hilflose Niederkunft für sich allein, ohne daß also dadurch der Tod des Kindes versucht werden wollte, ohne daß in Folge dieser hilflosen Niederkunft das Kind gestorben ist, oder der Tod desselben nur durch außer dem Willen der Gebährenden liegende Umstände verhindert worden ist und ohne daß das Kind bleibend beseitigt wurde, — ist straflos. —

Die Staatsbehörde war mit der hofgerichtlichen Entscheidung insofern einverstanden, als in Betreff der fahrlässigen Kindestödtung das Verfahren eingestellt wurde, da es nicht nur am Beweis sondern auch am Thatbestand fehlt. Das Hofgericht des Seekreises hatte zwar früher in einem andern Falle eine Angeschuldigte wegen fahrlässiger Kindestödtung verurtheilt, allein mit Unrecht. Denn nach §. 102 St.G.B. werden fahrlässige Uebertretungen nur in den Fällen bestraft, in welchen das Gesetz die Fahrlässigkeit namentlich mit Strafe bedroht hat. Die fahrlässige Kindestödtung hat aber das Gesetz nur in den Fällen des §. 218—221 mit Strafe bedroht, also nur dann, wenn die Voraussetzungen des besonderen Verbrechens der absichtlich hilflosen Niederkunft vorhanden sind.

Häberein, Grundsätze des Criminalrechts nach den neuen deutschen Strafgesetzbüchern Bd. III. S. 61. 69 ff.

Kettenacker, die Verbrechen des neuen Strafgesetzbuches S. 50. 51.

Dagegen hatte die Staatsbehörde gegen die hofgerichtliche Verfügung insofern das Rechtsmittel der Beschwerdeführung ergriffen, als auch in Betreff der absichtlich hilflosen Niederkunft das Verfahren eingestellt wurde, indem hier nach der Ansicht der Staatsbehörde wenn auch nicht die Voraussetzungen der §§. 218—220, so doch jedenfalls die Voraussetzungen des §. 221 vorhanden waren. Zur Begründung dieser Beschwerde wurde von der Staatsbehörde vorgetragen: Der Ansicht, daß der §. 221 nur auf die Fälle sich beziehe, wo das Kind verborgen bleibe, d. h. nicht mehr beigebracht werden könne, scheint auch Kettenacker a. a. O. S. 82 in der Note zu sein, indem er sagt, es werde einer Mutter, welche ihr Kind verborgen oder bei Seite geschafft hat, leicht werden, sich der Iniquität des Gesetzes dadurch zu entziehen, daß sie das Kind wieder zum Vorschein bringt. Diese Ansicht ist aber im Gesetze nicht begründet. Das Gesetz spricht blos vom Verbergen oder Beiseiteschaffen des Kindes, und es spricht kein Wort von dem Verborgenbleiben oder davon, daß das Kind nicht mehr zum Vorschein kommt, wie dies z. B. der §. 266 bei der Kindesaussetzung fordert. Vielmehr geht aus dem Wortlaut des Gesetzes (§. 221) selbst und zwar aus den Worten: „insofern es (das Kind) gelebt hat und lebensfähig war“ klar und deutlich hervor, daß das Gesetz auch die Fälle vor Augen hatte, wo das Kind wieder beigebracht wird, indem sich sonst unmöglich ermitteln ließe, ob das Kind gelebt hat und ob es lebensfähig war, da namentlich letzteres durch das Geständniß der Gebährenden allein niemals ermittelt werden kann. Allerdings wird in den meisten Fällen, wo das Kind zum Vorschein kommt, zu ermitteln sein, ob es lebend oder lebensfähig oder todt geboren, oder, insofern es gelebt hat und lebensfähig war, ob dasselbe in Folge der Hilflosigkeit bei der Niederkunft ums Leben gekommen ist oder nicht. In vielen Fällen ist aber wenigstens das letztere zu ermitteln nicht möglich, wie z. B. in vorliegendem Falle. Und es hat das Gesetz nirgends festgesetzt, daß diese Ungewißheit nur eine Folge der

Verbergung oder Beseitigung des Kindes sein müsse, d. h., daß lediglich nur die Verbergung oder Beseitigung des Kindes in einem Causalnerus mit einem der im Gesetze aufgezählten beiden Fälle der Ungewißheit stehen müsse. Im Gegentheile ergibt sich aus den Kammerverhandlungen mit Gewißheit, daß gerade deßhalb, weil die vom Gesetz vorausgesetzte Ungewißheit auch nur eine Folge der absichtlich hilflosen Niederkunft sein kann, die Strafbestimmung in §. 221 gegeben wurde. Dies ergibt sich aus der Erklärung des Regierungskommissärs in der I. Kammer (in Thilo zu §. 221 St.G.B., S. 232) sodann aus dem Commissionsbericht des Abgeordneten Trefurt zum Strafgesetzentwurf von 1844, S. 260, woselbst gesagt ist: „Es wäre gerechtfertigt, schon die heimliche Niederkunft an sich, wegen ihrer Gemeingefährlichkeit mit Strafe zu bedrohen, wie solches die bisherige Gesetzgebung that. Erscheint es gleichwohl billig, solche da nicht zu strafen, wo es sich ermitteln läßt, daß daraus kein Nachtheil für das Kind erwuchs, so würde es doch die öffentliche Meinung verletzen, wenn Fälle, wo es ungewiß ist, ob nicht unter dieser Verheimlichung ein Kindesmord verdeckt wurde, straflos bleiben.“ Es erklärt auch Häberlin a. a. O. S. 71: „Das badische Gesetz geht von der richtigen Ansicht aus, daß zwar für den Verdacht des Kindsmords keine Strafe verhängt, daß jedoch in diesem Falle die Verheimlichung der Geburt sehr wohl mit Strafe bedroht werden könne, weil sie die Ursache ist, daß nicht mehr ermittelt werden kann, ob das Kind todt geboren, eines natürlichen Todes gestorben oder von der Mutter getödtet worden ist. Die Strafe tritt also hier für eine positive Handlung, die Verheimlichung der Geburt, aber nicht für den Verdacht eines schwereren Verbrechens ein.“

Von dem großh. Oberhofgericht wurde in Folge dieser Beschwerde der Staatsbehörde durch Erkenntniß vom 11. Februar d. J. die hofgerichtliche Verfügung, soweit sie sich auf die absichtlich heimliche Niederkunft erstreckt, aufgehoben und nach §. 36 des Gesetzes vom 5. Februar 1851 das Hofgericht angewiesen, nach gepflogener mündlicher Schlußverhandlung weiteres Erkenntniß zu ertheilen. Die Entscheidungsgründe lauten: „Der großh. Staatsanwalt erhebt Beschwerde, daß das großh. Hofgericht des Seekreises durch Beschluß vom 12. November v. J. die weitere gerichtliche Verfolgung eingestellt und nicht vielmehr die Angeschuldigte wegen vorsätzlich hilfloser Niederkunft (§. 221 des St.Ges.) bestraft hat.

Diese Beschwerde ist begründet.

Wenn man das Geständniß der Angeschuldigten, die Aussagen ihrer Familien- und Hausangehörigen und anderer Zeugen und die gerichtsärztlichen Gutachten in Betracht zieht, so läßt sich nicht annehmen, es sei sofort klar, daß eine Unzulänglichkeit des Beweises vorliege, daß sie absichtlich hilflos geboren und das Kind verborgen, d. i. den Leichnam an einem verborgenen Orte vergraben hat, nachdem sie überdem die Schwangerschaft verheimlicht hatte. Lassen sich aber diese Thatsachen erweisen und es konnte nicht ermittelt werden, ob das einige Tage nach der Geburt in Folge der angestellten Nachforschungen aufgefundene Kind, welches nach der durch die Obduktion bestätigten Angabe der Mutter nach der Geburt gelebt hat und nach den gerichtsärztlichen Gutachten auch lebensfähig war, in Folge der Hilflosigkeit bei der Niederkunft um das Leben gekommen sei, was übrigens in dem Gutachten des Medizinalreferenten vom 4. Oktober 1853 wenigstens für das Wahrscheinlichere erklärt wird, so genügt dieses zur Anwendung des §. 221 des St.Ges. und die hofgerichtliche Auslegung dieser Gesetzesstelle, welcher die in dem hofgerichtlichen Vortrag gemachte Unterscheidung fremd ist, erscheint als irrig, wie schon aus der Fassung desselben und noch unzweifelhafter aus den Motiven, welchen dieselbe entstammte, und den Verhandlungen der Ständekammern bei Berathung des Gesetzes hervorgeht.

Verhandlungen der I. Kammer 1842, 23. öffentl. Sitzung; Protokoll der II. Kammer insbesondere Commissionsbericht des Abgeordneten Trefurt und 7. Heft der Discussion von 18⁴³/₄₄ S. 173.

Es liegt daher der Fall des §. 36 des Gesetzes vom 5. Februar 1851 vor, welchem gemäß der hofgerichtliche Beschluß aufgehoben und wie geschehen, erkannt werden mußte.“

Am 10. April d. J. fand die mündliche Schlußverhandlung beim Hofgerichte statt, welches nach gepflogener Verhandlung die Franziska Kopp der absichtlich hilflosen Niederkunft für schuldig erklärte und dieselbe zu 2 Monaten Kreisgefängniß verurtheilte. In den hofgerichtlichen Entscheidungsgründen ist nach Anführung der thatsächlichen Verhältnisse nur noch gesagt, daß hier alle Voraussetzungen vorhanden seien, welche das Verbrechen der vorsätzlich hilflosen Niederkunft nach §. 221 St.G.B. begründen.

In einem andern Falle, wo wegen schon eingetretener Fäulniß der Kindesleiche nicht mehr ermittelt werden konnte, ob das Kind lebend oder lebensfähig, oder todt geboren und ob dasselbe in Folge der Hilflosigkeit bei der Niederkunft ums Leben gekommen sei oder nicht; hatte das Hofgericht des Seekreises auch das Verbrechen der absichtlich hilflosen Niederkunft als vorhanden angenommen, bevor noch vom großh. Oberhofgericht obiges Erkenntniß ergangen war.

Haager.

III.

1) Zur Auslegung des §. 554 Prozeßordnung. (599 der alten P.O.)

Annalen XI., S. 141 u. f. d.

„ XVII., S. 196—224.

2) Ueber das Armenrecht des Schwurpflichtigen.

3) Erfordernisse des Gesuchs den Eid durch einen ausländischen Richter abnehmen zu lassen.

Der von Jahr zu Jahr steigende Handelsverkehr und die dadurch bedingten Geschäftsreisen, namentlich aber die immer lebhafter werdende Auswanderung haben die sehr häufig vorkommende Erscheinung im Gefolge, daß wenn Rechtsstreite durch ein auf Eid lautendes Enderkenntniß erledigt werden, der Schwurpflichtige seine Heimath verlassen und in fremdem Lande seinen ständigen oder nur vorübergehenden Aufenthalt genommen hat. Hat er im Auslande seinen bleibenden Aufenthalt, seinen Wohnsitz aufgeschlagen, so wird die Auslegung und Anwendung des §. 554 der P.O. (599 der alten P.O.) geringeren Schwierigkeiten unterliegen, wie aber, wenn dieser Aufenthalt ein nur vorübergehender ist, der nur einem bestimmten Zwecke, z. B. der Einrichtung eines Handels dient, oder ein zufälliger, z. B. durch Kränklichkeit bedingter ist? Wie verhält es sich auch mit den Kosten, welche durch die Requisition des fremden Richters veranlaßt werden? Muß, und welche Nachweisungen muß der Eidespflichtige liefern, damit der erkennende Richter den Richter des Aufenthaltsortes requirire?

1) Es wurde früher vielfach behauptet, daß unter dem „gewöhnlichen Richter“, vor welchem der Schwurpflichtige den Eid auf Requisition des erkennenden Richters auszuschwören befugt ist, nur der Richter des Wohnsitzes, im Sinne des L.R.S. 102 verstanden werden dürfe. Man hat dies dadurch zu rechtfertigen gesucht, daß der Abs. 2 des §. 554 (599) P.O., das Gericht, bei welchem ausnahmsweise der Schwurpflichtige den Eid leisten darf, als das ordentliche Gericht desselben bezeichne. Dies sei aber das Gericht, welches den „allgemeinen“ Gerichtsstand für Jemanden bedinge, somit nach §. 7 der P.O. das Gericht des Wohnsitzes.

Das mittelrheinische Hofgericht hat nun in zwei Fällen: J. S. Fahler gegen Seyfried und J. S. Leichtlin gegen Gaupp, mit Rücksicht darauf, daß der Eingang des §. 599 ausdrücklich nur des „Aufenthaltes“ gedenke, und daß auch der §. 7 P.O. des Gerichtes des Aufenthaltsortes dann als eines allgemeinen, somit eines ordentlichen Gerichtsstandes erwähne, wenn der Beklagte zwar einen Aufenthalt, nicht aber einen Wohnsitz im Inlande habe, entschieden, daß auch der Richter des Aufenthaltsortes als der gewöhnliche Richter im Sinne des §. 554 P.O. anzusehen sei. In dem letztren Falle war der Kläger nach Amerika gereist, ehe das ihm einen Notheid auflegende Urtheil erging. Der Abwesenheitspfleger beantragte, daß sein gewöhnlicher Richter in New-York requirirt werde, ihm den Eid abzunehmen. Der Unterrichter glaubte jedoch darauf nicht eingehen zu können, weil dieser nicht der gewöhnliche, nicht der Richter des Wohnsitzes des Schwurpflichtigen sei und erklärte, da der Kläger in der Eidestagfahrt nicht erschien, den Eid für verweigert. Auf hiegegen eingeführte Berufung wurde der amtliche Vereinigungsbescheid aufgehoben, und erkannt: „Der Unterrichter sei anzuweisen, den dem Kläger aufgelegten Eid durch Ersuchschreiben bei dem ordentlichen Gerichte des dermaligen Aufenthaltsortes des Klägers in New-York ordnungsmäßig abnehmen zu lassen, falls es die Beklagte nicht vorzieht, innerhalb einer ihr vom Unterrichter anzuberaumenden Frist für die Reise des Klägers nach Karlsruhe und seinen Aufenthalt daselbst einen Kostenvorschuß von 300 fl. zu leisten, welche beim Unterrichter zur Aushändigung an den Kläger gegen Sicherheit zu hinterlegen wären. *)

---

*) Dieses Erkenntniß zeigt, daß das mittelrheinische Hofgericht der Bestimmung über das dem Schwurpflichtigen durch §. 554 (599) P.O. gegebene Wahlrecht, wo er den Eid ausschwören wolle, eine andere Auslegung gibt, als das Hofgericht des Seekreises nach dem Aufsatze in Annalen XI., S. 141 gethan hat. D. E.

Die Entscheidungsgründe zu vorstehendem Erkenntniß sind in diesen Blättern No. 18, S. 142 vollständig abgedruckt.

2) In dem Rechtsstreite J. S. Fatzler gegen Seyfried kam auch die Frage in Anregung, ob eine vorschüßliche Kostenzahlung durch den Schwurpflichtigen zu leisten sei, wenn er vor dem Richter seines Aufenthaltsortes den Eid leisten will. Der schwurpflichtige Fatzler war zum Armenrechte zugelassen worden. Nach den Anführungen seines Abwesenheitspflegers gelegentlich des Gesuches um Abnahme des Eides durch den Richter in New-York hatte er dort seit geraumer Zeit in einem Etablissement gearbeitet. Es erhoben sich daher die Fragen, ob er zur vorschüßlichen Zahlung der durch die Requisition des amerikanischen Richters, welche durch das badische Consulat in New York bewirkt werden muß, nothwendig entstehenden Kosten verpflichtet, und ob er trotz der Zulassung zum Armenrechte dazu verpflichtet sei? Man hat beide Fragen bejaht; die erste auf den Grund des §. 171 P.O., weil, wenn gleich nach der neuen P.O. die Eidestagfahrt von Amtswegen anzuberaumen ist, doch die Eidesleistung vor einem andern als dem erkennenden Richter als eine durch das Begehren des Schwurpflichtigen hervorgerufene ausnahmsweise prozessualische Handlung zu betrachten ist, die dadurch entstehenden Kosten daher auch durch ihn veranlaßt worden und zu tragen sind; — die zweite Frage wurde aus einem doppelten Grunde bejabt: einmal, weil daraus, daß der Kläger seit geraumer Zeit in einem und demselben Etablissement arbeite, sich auch annehmen lasse, daß er soviel erwerbe, um die weiteren Prozeßkosten zu tragen, sodann, weil die durch die Requisition entstehenden Kosten keine solche Prozeßkosten seien, von deren Zahlung er befreit sei. Das Armenrecht befreie nur von den Sporteln und Taxen der Gebühren für den aufzustellenden Anwalt und die zu vernehmenden inländischen Zeugen. §. 160. 162. 431 P.O.

3) Das Gesuch womit der Schwurpflichtige begehrt, vor dem gewöhnlichen Richter seines Aufenthaltsortes den Eid leisten zu dürfen, wird enthalten müssen, die Anführung und den Beweis darüber:

α) wo sein Aufenthaltsort, und wer der dort zuständige Richter ist,

β) daß dieser auf Ersuchen des erkennenden Richters den Eid abnehmen werde nach den gesetzlichen Vorschriften seines Landes, und worin diese bestehen; oder, wenn solche nicht bestehen, oder nicht die gleiche Garantieen wie die Vorschriften der badischen Pr.-Ord. leiten, daß er nach den Vorschriften dieser, und der dazu gegebenen Vollzugsverordnung den Eid abnehmen werde. Wenn dieses auch nicht durch den § 554 der P.O. ausdrücklich geschrieben ist, so geht es doch theils aus der Vorschrift des §. 641 Pr.Ord., theils aus der Natur der Sache hervor. Denn es ist an und für sich schon schlimm für den Gegner des Schwurpflichtigen, daß er bei dessen Eidesleistung nicht zugegen sein kann. Wollte man aber trotzdem, daß die Einrichtungen ausländischer Gerichte und deren Formen uns vielfach nicht, offiziell nur selten bekannt sind, daß namentlich die Einrichtungen der Gerichte in den westlichen Staaten Nordamerikas noch sehr in der Kindheit begriffen sind, auf eine durch keinerlei Beweise bekräftigte Angabe des Schwurpflichtigen hier die Aktenversendung und die Eidesabnahme durch einen ausländischen Richter anordnen, so würde bei dem Mangel aller Garantie für den Vollzug und für den ordnungsmäßigen Vollzug der Eidesabnahme der Stand des Gegners des ohnehin begünstigten Schwurpflichtigen wesentlich verschlimmert werden.

Ottendorff.

IV.

Zu §. 244, Abs. 2 der P.O.

Zentner, Rechtsmittel 2. Auflage, S. 107.

Auch die gegen Versäumung der für Rechtsmittel vorgezeichneten Nothfristen gegebene Wiederherstellungsfrist (§§. 1156. 1184 P.O.) läuft in den Ferien ab; denn sie muß ihrer Natur nach, da sie in nothwendiger Verbindung mit jenen Nothfristen steht und eine Verlängerung derselben enthält, jedenfalls wie eine Nothfrist behandelt werden.

Stf.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXI. No. 20. Mannheim, 13. Mai 1854.

I.

Für die dem Lehensmanne zu den Lehensgebäuden obliegenden Baulasten hat derselbe dem Lehensherrn kein Ablösungscapital zu bezahlen.

(Annalen XXI. 55.)

Vögele gegen Ueberlingen.

Nachdem durch untergerichtliches Urtheil vom 25. Mai 1853 erkannt worden war:

das Begehren der Stadtgemeinde Ueberlingen, daß bei der Ablösung des Erblehens des Wendelin Vögele von Hohenbodmann und seiner Ehefrau Anna Maria Müller für den Werth der Klein- und Hauptbaufälle ein Ablösungscapital zu berechnen und der Lehensmann dasselbe zu zahlen schuldig sei —

erfolgte am 18. Oktober 1853 in zweiter Instanz eine abändernde Entscheidung dahin:

die Stadtgemeinde Ueberlingen sei berechtigt, den durch gerichtliche Taration ermittelten Werth der auf dem Erblehengute des Vasallen haftenden Baupflicht für Hauptbaufälle und jährlich wiederkehrende Nebenbauten bei Ablösung des Lehens mit in die Berechnung aufzunehmen 2c. 2c.

Das Appellationsgericht ließ sich hiebei von der Ansicht leiten, als werde die Baupflicht vom Lehensmanne hauptsächlich zum Vortheil des Lehensherrn erfüllt.

In Folge der von W. Vögele ergriffenen Oberberufung wurde jedoch am 15. April l. J. das hofgerichtliche Urtheil aufgehoben und das amtliche wieder hergestellt.

Oberhofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Der §. 3 des Ablösungsgesetzes vom April 1849 spricht sowohl von den Leistungen des Leheninhabers (Erbbeständers) als von Gegenleistungen des Lehenherrn, insbesondere bezieht sich der Absatz d. des allegirten §. 3 auf beiderlei Leistungen, welche nach den zur Zeit der Ablösung bestehenden Preisen der Materialien und Arbeit in Geld zu berechnen sind.

Nach §. 4 des Gesetzes werden die periodisch wiederkehrenden Baureparationen nach dem Durchschnitt der vorhergegangenen 20 Jahre firirt, die Hauptbaufälle dagegen einzeln durch Schätzung bestimmt.

Der Werth der Letzteren wird nach §. 6 des Gesetzes so berechnet, daß der anzunehmende Betrag mit Zinsen und Zwischenzinsen bis zum Zeitpunkt der muthmaßlichen Leistung die Summe der Letzteren erreicht.

Der anzunehmende Betrag soll, wenn es Leistungen des Leheninhabers sind, dem Ablösungscapital beigeschlagen, wenn es Leistungen des Lehenherrn sind, von jenem abgezogen werden.

Das Gesetz unterstellt hiernach, daß es Baulasten gibt, welche vom Lehenmanne und andern, welche vom Lehenherrn zu tragen, beziehungsweise abzulösen sind. Zu den Letzteren gehören offenbar die Beiträge oder Leistungen des Lehenherrn zur Unterhaltung oder neuen Herstellung der zum Erblehen gehörigen Gebäude, welche in der Regel dem Erbbeständer obliegen (L.R.S. 1831 be, 577 ak), andernfalls aber und wenn sie dem Lehenherrn zur Last fallen, den Werth des Grundeigenthums mindern, daher beim Abkauf des letzteren in Abzug kommen müssen.

In dem gewöhnlichen Falle der Baulasten zum Nachtheil des Erblehenmannes fällt ein solcher Abzug hinweg, der Erblehenherr erhält in dem Ablösungscapital des Lehenzinses und des Heimfallrechtes den Werth des gesammten Grundeigenthums, beziehungsweise aller Leistungen des bisherigen Nutzeigenthümers einschließlich der von denselben getragenen Baulasten, welche den Gutswerth erhalten oder vermehrt, folgeweise den Betrag des Heimfallrechts zu Gunsten des Erblehenherrn gesteigert haben (§. 8 des Gesetzes).

Würde für solche Baulasten des Erbbeständers ein weiterer Abzug zum Nachtheil des Letzteren gemacht, beziehungsweise das Ablösungscapital durch einen deßfallsigen Anschlag erhöht werden, so würde der Lehenherr nicht nur den höheren Betrag des Heimfallrechtes, sondern eine weitere Entschädigung für den gleichen Gegenstand, nemlich für den Gutswerth erhalten.

Die Verbindlichkeit des Erbbeständers zur baulichen Unterhaltung des Lehenguts besteht zunächst zum Besten des Nutzeigenthums, sie vermehrt nur mittelbar den Werth des Grundeigenthums, welchem Umstand in der Heimfalls-Ablösung Rechnung getragen wird; sie bildet daher keinen selbstständigen Theil des Grundeigenthums, wofür ein entsprechender Ersatz dem Lehenherrn zu leisten wäre.

Ist der Letztere baupflichtig, so leidet das Ablösungscapital des Grundeigenthümers einen Abzug, weil das letztere in seinem Wesen verringert ist, ist es der Erbbeständer, so fällt dieser Abzug zum Nachtheil des Lehenherrn hinweg, es kommt aber kein weiterer Zuschlag zum Ablösungscapital hinzu, weil der Lehenherr nicht doppelt begünstigt, der Erbbeständer nicht doppelt belastet werden kann; weil ferner das Grundeigenthum durch die Baupflicht des Nutzeigenthümers nicht unmittelbar, sondern nur in Hinsicht auf den Heimfall mittelbar erhöht wird, dieser Werth aber bei der Ablösung des Heimfallrechtes in Berücksichtigung kommt.

Der §. 6 des Ablösungsgesetzes, insofern derselbe von der Erhöhung des Ablösungscapitals wegen Bauleistungen des Leheninhabers spricht, kann daher nur von solchen Leistungen zur Unterhaltung oder Herstellung anderer, zum Lehen nicht gehöriger Gebäude des Lehenherrn verstanden werden, in welchem Falle allerdings das Grundeigenthum oder Realrecht des Letztern selbstständig erhöht wird, daher eine besondere Ablösung statt zu finden hat.

Solche Leistungen können bestehen und können ebenso wie anderweite Dienste des Erbbeständers die Stelle des Zinses vertreten oder zu dem letztern hinzu kommen.

Da nach dem vorliegenden Erblehenvertrag von solchen Leistungen des Klägers überall nicht, sondern von den auch im Gesetz unterstellten, zum Besten des Lehenguts obliegenden Baupflichten des Erbbeständers die Rede ist, so kann für solche eine Vermehrung des Ablösungscapitals zum Nachtheil des Letztern nicht Platz greifen 2c. 2c.

D. R.

II.

Landflüchtigkeit als Ehescheidungsursache.

Im L.R.S. 232 a ist unter anderen dreijährige Landflüchtigkeit eines Ehegatten unter den schon ehemals gesetzlich näher bestimmten Umständen als Scheidungsursache beibehalten. Die schon ehemals gesetzlich näher bestimmten Umstände finden sich im §. 43 lit. f. der Eheordnung von 1807. Hier wird nemlich erfordert, daß der abwesende Ehegatte wegen Verbrechens landflüchtig sei.

Im Mai 1853 klagte nun eine Ehefrau gegen ihren abwesenden Mann auf Scheidung, weil derselbe sich wegen Betheiligung an dem hochverrätherischen Aufstande des Jahres 1849 am 26. Februar 1850 heimlich aus dem Lande entfernt habe, ohne bis jetzt zurückgekehrt zu sein. Der für den Beklagten nach Maßgabe des §. 64 der E.O. aufgestellte Rechtsfürsprecher bestritt zwar nicht dessen mehr als dreijährige Abwesenheit, wohl aber die Thatsache, daß sich derselbe bei dem hochverrätherischen Aufruhr von 1849 betheiligt und deßwegen die Flucht ergriffen habe; er protestirte zugleich gegen die Abhör der von der Klägerin über die verbrecherische Thätigkeit ihres Mannes vorgeschlagenen Zeugen, weil in diesem Verfahren eine Untersuchung wegen Hochverraths, womit der Beklagte bis jetzt verschont geblieben, nicht eingeleitet werden dürfe.

Der verhandelnde Richter verwarf deßhalb auch den angetretenen Zeugenbeweis und das großh. Hofgericht wies die Klage ab, da der Beklagte bis jetzt überall nicht wegen Theilnahme am Hochverrath zur Untersuchung und Strafe gezogen worden, während seine Schuld nur im Wege einer gerichtlichen, von der zuständigen Behörde eingeleiteten Untersuchung festgestellt werden könne.

Es ist damit die Ansicht ausgesprochen, daß nur derjenige Ehegatte als landflüchtig im Sinne des §. 43 lit. f der E.O. zu betrachten sei, welcher vor oder nach seiner Entweichung wegen eines Verbrechens wirklich verurtheilt ward. Diese Ansicht muß aber schon um deßwillen Bedenken erregen, weil ja die Flucht gerade das Mittel ist, sich der gerichtlichen Verfolgung zu entziehen, oder doch die Untersuchung in dem Maße zu erschweren, daß der Flüchtige nicht verurtheilt werden kann. Vergl. §. 8 des provis. Gesetzes vom 1. August 1849 (R.B. S. 397) und §. 134 des E.G. v. 5. Febr. 1851. Wer möchte aber bezweifeln, daß Hecker wegen

des im Frühjahre 1848 angestifteten Aufstandes landflüchtig geworden ist, obgleich bis zur Stunde weder eine Untersuchung noch eine Verurtheilung gegen ihn erfolgte!

Wo indeß eine derartige Offenkundigkeit nicht vorliegt, da muß dem verlassenen Ehegatten gestattet sein, im Scheidungsverfahren den Beweis zu führen, daß der abwesende Ehetheil eines Verbrechens wegen sich aus dem Lande entfernt habe.

Das großh. Oberhofgericht, an welches die Klägerin recurrirt hatte, hielt deßhalb auch den angetretenen Zeugenbeweis für zuläßig, indem es sich nicht darum handle, den Beklagten hier des Verbrechens in strafrechtlicher Richtung zu überführen, sondern lediglich darum, den thatsächlichen Grund der Scheidungsklage herzustellen, also die veranlassende Ursache der Flucht des Beklagten zu ermitteln. Dessenungeachtet wurde das hofgerichtliche Urtheil bestätigt, weil die oberhofgerichtliche Majorität die von der Klägerin versuchten Beweise für unerheblich erachtet hat. D. R.

III.

1) Gegen den Ablauf der im §. 1021 der P.O. bestimmten Frist ist Wiederherstellung aus Verschulden des Anwalts zuläßig.

2) In allen Fällen, wo das angefochtene Urtheil ein Endurthtil war, hat auch das Appellationsgericht ein Endurtheil zu erlassen.

(P.O. §. 151, 1021, 1176.)

v. Neuenstein gegen v. Neuenstein.

Eine am 24. April 1852 abgehaltene Liegenschaftsversteigerung wurde von dem Schuldner wegen Verletzung der Vorschriften des Verfahrens als nichtig angefochten.

Obgleich die Klage erst am 31. Mai und folglich nach Ablauf der im §. 1021 der P.O. gewährten Frist von 4 Wochen bei dem zuständigen Untergerichte eingekommen war, so verfügte doch dasselbe unterm 2. Juni ohne weiteres Ladung. Der Kläger, von dem unterlaufenen Versäumniß benachrichtigt, bat am 9. Juni, noch ehe die Frist des §. 612 abgelaufen war, mit Bezug auf §. 151 um Wiederherstellung aus Verschulden seines Anwaltes, welche durch die verfügte Ladung bereits stillschweigend ertheilt war.

In der Vernehmlassung auf die Klage protestirte zwar der Beklagte gegen die Wiederherstellung, weil solche gegen den Ablauf der im §. 1021 bestimmten Erlöschungsfrist *) unzuläßig sei.

Der Unterrichter verhandelte indessen bis zum Schlusse und gab in der Sache selbst ein Erkenntniß, nach welchem der Kläger theils obsiegte, theils unterlag.

Dagegen appellirten beide Theile.

Der Beklagte machte wiederholt geltend, daß die Klage verjährt, und daß deßhalb mit Unrecht in der Sache selbst verhandelt und entschieden worden sei.

Das Appellationsgericht theilte diese Ansicht und wies die Klage ab, ohne sich auf die Materialien einzulassen. Hiergegen ergriff der Kläger die Oberberufung und bat um Aufhebung des hofgerichtlichen Urtheils und um Zurückweisung der Sache **), eventuell um Erlassung eines Endurtheils nach dem Klagbegehren. Da die Versäumung der vierwöchentlichen Frist ganz unzweifelhaft einem Versehen des vom Kläger rechtzeitig beauftragten Anwalts zuzuschreiben war, so hielt der oberste Gerichtshof in Betracht, daß die Frist des §. 1021 gleich den Nothfristen der Rechtsmittel eine gesetzliche ist — das durch den Inhalt der Akten selbst erwiesene Wiederherstellungsgesuch nach §. 151 der P.O. für zuläßig, erblickte in dem hofgerichtlichen Urtheile, weil solches — gleichviel aus welchen Gründen — die Klage definitiv abgewiesen hat, ein Endurtheil und erkannte, nach vorgängiger Verhandlung, in Gemäßheit des §. 1176 der P.O. über die Hauptsache selbst; indem das hofgerichtliche Urtheil aufgehoben und das untergerichtliche wieder hergestellt wurde. D. R.

IV.

Thatbestand des Vergehens der Kuppelei. — Vollendung dieses Vergehens.

(§§. 363, 105, 106, 372 St.G.B.)

Die Johanna J..... von Karlsruhe hatte längere Zeit mit polizeilicher Duldung Freudenmädchen in ihrem Hause gehalten, deren Zahl in letzter Zeit auf eines reducirt worden war. Im verwichenen Jahre erhielt sie

*) Vergl. Jahrbücher n. F. VI. 115. VIII. 590.

**) Vergl. Annalen XVI. 202. XVII. 73. 274.

„von einem Herrn aus Baden" den Auftrag, ihm ein junges Mädchen zu verschaffen, wofür er 60 fl. bot. Sie sandte nun ihre Magd zu einem schönen, jedoch beinahe noch im Kindesalter stehenden Mädchen, um solches für den Herrn aus Baden zu gewinnen. Dieses Mädchen ließ sich jedoch durch die hohe Summe nicht verlocken, sondern machte ihrem Vater Mittheilung von dem Vorgange, welcher den Untersuchungsrichter davon in Kenntniß setzte. Eine sofort eingeleitete Untersuchung, in deren Verlauf durch eine vorgenommene Haussuchung eine Menge von Briefen zu Gerichtshanden kam, zeigte, daß die J. ein wahrhaftes Commissionsgeschäft mit Mädchen in zum Theil sehr entfernte Städte, wie Basel, Zürich u. s. w. getrieben hatte. Die Polizeibehörde des Stadtamtes K. beschränkte jedoch in der Folge ihren Antrag auf Untersuchung und Bestrafung auf den einen oben angeführten Fall.

Das mittelrheinische Hofgericht verurtheilte gleichwohl die J. wegen Kuppelei zu einer namhaften Strafe. Hiegegen wurde von der Verurtheilten der Rekurs ergriffen. In den Rekursverhandlungen kamen die beiden Fragen zur Sprache:

a. ob, da die Polizeibehörde ihren Antrag auf einen Punkt beschränkt habe, hier überhaupt noch der Thatbestand der Kuppelei vorliege?

b. ob das Vergehen vollendet sei, da sich das zum Opfer der Verführung auserlesene Mädchen nicht gewinnen ließ, daher es zu einem bis zu dem Punkte vorschreitenden Umgange, welcher nach §. 372 St.G.B. die Vollendung der Unzuchtsvergehen bedingt, gar nicht habe kommen können.

Zu a. Der rekurrentische Anwalt hatte seine hierher einschlägige Ausführung in die Form gekleidet, die Verurtheilte sei beschwert, weil in den Bereich des verurtheilenden Erkenntnisses nicht allein der die N. N. betreffende Fall, sondern auch die Ermittlung der Unzucht mit andern Mädchen gezogen worden sei.

Es könnte sich überhaupt fragen, wenn die Polizeibehörde den Antrag auf Bestrafung wegen Kuppelei an die Strafgerichte stellt, ob ihr alsdann das Recht zusteht, zu begehren, daß die Untersuchung oder Bestrafung auf einen Fall beschränkt werde. Denn in dem Begriffe der Kuppelei — dem gewerbsmäßigen Befördern oder Erleichtern der Unzucht Anderer — liegt es gerade, daß in einer Mehrheit von Fällen gegen Lohn die Unzucht befördert oder erleichtert worden sei. Die einmalige Vermittlung der Unzucht gegen Lohn ist nur die bezahlte Beihilfe zu einem nicht strafbaren Vergehen. Gewerbsmäßigkeit wird bedingt durch einen mehrfach sich wiederholenden Verdienst. Ein einmaliger Gewinnst kann kein Gewerbe begründen. Wer daher nur einmal die Unzucht Anderer gegen einen Lohn ermittelt hat, begeht nicht das Vergehen der Kuppelei. Dadurch unterscheidet sich die gemeine Kuppelei von der qualificirten des §. 364 des St.G.B. Denn hier fordert das Gesetz nicht die gewerbsmäßige Vermittlung der Unzucht, sondern nur die Beförderung oder Erleichterung derselben um eines Vortheils willen, welcher auch in einem anderen als in einem Geldvortheil bestehen kann.

Wenn daher die Polizeibehörde den Antrag auf Bestrafung der Kuppelei stellt, so liegt darin stillschweigend der Antrag, daß auch untersucht werde, ob die Vermittlung der Unzucht gewerbsmäßig getrieben worden sei. Je nachdem nun die Untersuchung eine große oder geringere Anzahl von Fällen der Unzuchtsvermittlung konstatirt, muß nach den allgemeinen Grundsätzen der §§. 373, 180, 150, 151 des St.G.B. innerhalb des durch den §. 363 des St.G. aufgestellten Rahmens die Strafe höher oder niedriger ausgemessen werden.

Will man aber, wie dieses das mittelrheinische Hofgericht gethan hat, der Polizeibehörde das Recht zuerkennen, den Strafantrag wegen eines einzelnen Falles allein zu stellen, so kann dadurch dem Untersuchungsrichter das Recht nicht genommen sein, auch andere Fälle bezahlter Unzuchtsvermittlungen in den Bereich seiner Thätigkeit zu ziehen. Denn wie bereits ausgeführt ist, besteht der Thatbestand der Kuppelei allein in der Gewerbsmäßigkeit, somit in einer Mehrheit von Unzuchtsvermittlungen. Diese muß daher auch die Grundlage sein, auf welcher allein der zur Bestrafung angezeigte Fall den Gegenstand einer strafrichterlichen Aburtheilung bilden kann. Entzieht man ihr diese Grundlage, so liegt eine unmoralische Handlung, aber keine mit Strafe bedrohte That mehr vor. Das aber muß alsdann festgehalten werden, wie dieß auch in vorliegendem Falle geschah, daß die nicht zur Strafe angezeigten Fälle bei der Bestrafung außer Berechnung bleiben.

Zu b. Schon nach dem Begriffe der Kuppelei gehört zu dem Thatbestand dieses Vergehens ein gesetzwidriger Beischlaf nicht, denn der Kuppler will nicht selbst der Unzucht fröhnen. Der §. 372 des St.G.B. kann daher hier keine Anwendung finden.

Geht man freilich von der Ansicht*) aus, daß die Unzucht das Hauptvergehen, die Kuppelei nur die Beihilfe dazu ist, alsdann wird allerdings nicht nur der Kuppler von seiner Seite Alles gethan haben müssen, was zur Vermittlung der Unzucht nöthig ist, sondern es muß auch der Zweck der Vermittlung, die Unzucht selbst, vollendet sein. Dieß setzt aber jedenfalls, wie jede strafbare Beihilfe zu einem Vergehen voraus, daß das Hauptvergehen, die Unzucht, nicht blos vom Sitten-, sondern auch vom Strafgesetz verboten ist. Diese Voraussetzung fehlt nun gerade im badischen Strafgesetzbuche.

Trefurt sagt in dem an die 2. Kammer erstatteten Commissionsbericht: „— — weil die gewerbsmäßige Kuppelei sowohl für die Sittlichkeit, als auch in Beziehung auf andere bei Gelegenheit der Kuppelei leicht zu verübende Verbrechen eine Gemeingefährlichkeit darbietet, hat der badische Gesetzgeber die Kuppelei zu einem strafbaren Vergehen gestempelt, obschon er die Handlung zu deren Erleichterung oder Beförderung die Kuppelei dient, straflos ließ."

Die Kuppelei erscheint daher im badischen Strafgesetzbuch als ein besonderes Vergehen. Es muß also auch dieses Vergehen nach seinen, ihm eigenthümlichen Merkmalen aufgefaßt werden. Diese sind bei der gemeinen und bei der qualificirten Kuppelei wesentlich verschieden.

*) Von dieser Ansicht ging ein großer Theil der Lehrer des gemeinen deutschen Strafrechtes aus; so: Heffter §. 455, 456. Henke Band III. §. 212 c. Wächter Band II. S. 239. Tittmann Band II. §. 594. Martin §. 284. V. Feuerbach. Er sagt in §. 471: „Der Kuppler ist an sich blos Gehilfe." Daraus zieht er folgerichtig in §. 472 den Schluß: „die Wollustbefriedigung des Dritten muß vollendet sein, sonst ist die Kuppelei selbst nur als Versuch zu bestrafen." Es scheint indessen Feuerbach selbst gefühlt zu haben, daß diese Ansicht auf einer irrigen Auffassung des Wesens der Kuppelei beruht; denn er sagt weiter: „seine (des Kupplers) Handlung geht in ein besonderes Verbrechen über, das öfter härter, als die Haupthandlung selbst bestraft wird, denn der Kuppler ist gewöhnlich der Verführer zum Verbrechen." — Sehr richtig sagt Bauer in §. 331 seines Lehrbuchs: „Die Kuppelei erfordert eine Handlung, welche dazu geeignet ist, ein Unzuchtsvergehen Anderer herbeizuführen oder zu befördern. Mit Beendigung dieser Handlung wird das Vergehen vollendet, und es ist nicht erforderlich, daß auch das Unzuchtsvergehen, auf dessen Beförderung sie abzweckt, vollendet wird." Die Ansicht Bauer's theilen: Koch, institutiones juris criminalis §. 353. Meister, principia jur. crim. §. 307. Quistorp Grundsätze des Criminalrechts I. §. 218. v. Grolmann Grundsätze der Criminalwissenschaft §. 401. Dabelow Lehrbuch des Strafrechts §. 311. D. E.

Beide Arten stimmen darin überein, daß durch sie der Unzucht Anderer Vorschub geschieht, und daß dieses um eines Vortheils willen gethan wird. Der Eigennutz, nicht blos etwa eine Unsittlichkeit des Gelegenheitsmachers, muß die Triebfeder der die Unzucht fördernden Handlung sein.

Verschieden sind sie aber darin von einander, daß die gemeine Unzucht die Gewerbsmäßigkeit der Unzuchtsbeförderung zur Grundlage hat, welche der qualificirten Kuppelei fremd ist. Alle Handlungen, welche daher in diesem, und zum Zwecke dieses Gewerbes vorgenommen werden, bilden eine Ausübung, ein Betreiben des mit Strafe bedrohten Gewerbes. Zum Wesen dieses Vergehens — der gemeinen Kuppelei — gehört daher nicht die wirklich vermittelte Unzucht, sondern vielmehr nur das Vermitteln zum Zwecke derselben. Ist somit einmal festgestellt, daß Jemand das Vermitteln als ein Gewerbe treibt, dann muß jede Handlung, welche diesem Zwecke dient, als ein Vermitteln angesehen werden; es erscheint das Verbrechen vollendet, sobald eine solche vermittelnde Handlung vorgenommen worden ist, gleichgiltig ob der Zweck des Vermittelns erreicht worden ist oder nicht. Als eine solche vermittelnde Handlung erscheint aber namentlich das Aufsuchen der Gelegenheit zur Unzucht.

In vorliegendem Falle hat daher mit Recht das mittelrheinische Hofgericht angenommen, daß das Vergehen vollendet sei; und das großh. Oberhofgericht ist dieser Ansicht beigetreten.

Anders gestaltet sich die Frage über die Vollendung bei der qualificirten Kuppelei. Hier dient der Kuppler nicht allgemein der Vermittlung der Unzucht, sondern vielmehr der Vermittlung einzelner, bestimmter*) Unzuchtsfälle. Hier wird zur Vollendung des Verbrechens es nothwendig sein, nicht nur, daß der Kuppler überhaupt Schritte zum Zwecke der Vermittlung gethan habe, sondern auch daß die Vermittlung erreicht (nicht daß die Unzucht im Sinne des §. 372 vollendet) worden sei. Die Vermittlung selbst aber ist vollendet, sobald die durch den Dritten von dem Kuppler

*) Es kann zwar vorkommen, daß ein Gatte, Ahne, Erzieher oder Pfleger ein Gewerbe mit der Unzucht seiner Gattin, Abkömmlingin oder dem seiner Erziehung oder Pflege anvertrauten Mädchen treibt. Dieß wird ein Grund erhöhter Strafbarkeit sein; es gehört aber nicht zum Begriff der qualificirten Unzucht. D. E.

begehrte, oder von dem Dritten angebotene, und von ihm angenommene Beförderung oder Erleichterung der Unzucht mit seiner (des Kupplers) Gattin, Tochter u. s. w. durch ihn geleistet, und die Zustimmung dieser durch ihn erwirkt worden ist. Dieß bildet die von dem Gesetze dem Gatten, Vater u. s. w. verbotene Handlung. Hat er diese begangen, dann sind „alle zu dem Begriffe der Kuppelei gehörigen Erfordernisse" (§. 105 St.G.B.) vorhanden; das Verbrechen ist daher vollendet; und es kann darauf nicht mehr ankommen, ob das Vergehen der Unzucht im Sinne des §. 372 vollendet ist oder nicht.

Ottendorff.

V.

Ist der Untersuchungsrichter befugt, über Ansprüche dritter Personen an ein Vermögen, welches er als das Vermögen eines flüchtigen Angeschuldigten mit Beschlag belegt hat, zu erkennen?

Das mittelrheinische Hofgericht hat diese Frage in folgendem Falle verneint: Wilhelm Sachs schloß am 30. Mai 1849 mit seiner Schwester Sibylle in öffentlicher Form einen Vertrag ab, wodurch er derselben für einen bestimmten Preis seinen Tabakshandel verkaufte, diese sich aber verpflichtete, das Geschäft unter der bisherigen Firma fortzuführen. Schon vor Niederwerfung der Revolution verließ Sachs das Land. Nach Wiederherstellung der rechtmäßigen Gewalt wurde gegen Sachs eine Untersuchung wegen Hochverraths eingeleitet und sein Vermögen, darunter auch das erwähnte Tabaksgeschäft mit Beschlag belegt. Die großh. Generalstaatskasse erwirkte einige Monate darauf den Ausspruch, daß der Beschlag auch zu Gunsten der beschädigten Staatskasse angelegt sei. Die Sibylle Sachs nahm indessen auf den Grund des Vertrags vom 30. Mai das Tabaksgeschäft in Anspruch, wodurch sich die Generalstaatskasse zu einer Klage auf Annullirung dieses Vertrags veranlaßt sah. Während dieser Streit im zweiten Rechtszuge schwebte, erhob die S. Sachs vor dem Untersuchungsrichter Einsprache gegen den strafrichterlichen Beschlag, insoweit dieser auch das Tabaksgeschäft bestrickt habe, indem sie ihr Eigenthum an diesem Vermögenstheil durch den Vertrag vom 30. Mai 1849 nachzuweisen versuchte; und begehrte Aufhebung des auf einen Theil ihres Vermögens gelegten Beschlags. Der Untersuchungsrichter verwarf ihr Begehren, worauf sie gegen diesen Bescheid das Rechtsmittel der Beschwerde ergriff. In den Entscheidungsgründen des die Beschwerdeführerin abweisenden Erkenntnisses wird zuerst die Rechtmäßigkeit der Beschlaganlage geprüft, indem der Untersuchungsrichter nur solches Vermögen, das sich im Besitze des Angeschuldigten befindet, mit Beschlag belegen kann; „die von der S. Sachs in Anspruch genommenen Vermögenstheile — sagen die Entscheidungsgründe — sind Fahrnisse. Sie waren zur Zeit der Beschlaganlage in dem Besitze des W. Sachs, wie ja selbst nach dem Vertrag vom 30. Mai 1849 das Geschäft unter dessen Firma betrieben wurde. Schon durch diese Firma mußte sich dieses Geschäft als ein Vermögenstheil des Sachs äußerlich ankündigen. Die Anlage des Beschlags auf diese Vermögenstheile war daher vorbehaltlich der vor dem Civilrichter geltend zu machenden Rechte Dritter nach L.R.S. 2279 vollkommen gerechtfertigt. Mit dieser Beschlaganlage war die auf das Vermögen des Angeschuldigten sich beziehende Funktion des Untersuchungsrichters beendigt."

„Ueber Ansprüche Dritter an dieses Vermögen hat nicht der Untersuchungsrichter, sondern der Civilrichter zu entscheiden, und die Rechte, welche der Civilrichter einem Dritten zuerkennt, hat die vom Untersuchungsrichter eingesetzte Vermögensverwaltung ebenso anzuerkennen, wie der Flüchtige selbst, wenn das Vermögen sich noch in seinem Besitze befände und das Civilurtheil nun gegen ihn ergienge."

„Will daher nun von der einen oder der andern Seite behauptet werden, die mit Beschlag bestrickten Vermögenstheile seien nicht Eigenthum des Sachs und wird auf dieses Fundament hin die Herausgabe bestimmter Fahrnisse begehrt, so muß dieses auf demselben Wege geschehen, auf welchem die Herausgabe dieser Vermögenstheile gegenüber dem flüchtigen Sachs selbst begehrt werden müßte. Dies könnte aber nur vor dem für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten zuständigen bürgerlichen Gerichte geschehen. Denn dieses ist nach §. 1 P.O. allein zuständig, einen Rechtsstreit dieser Art zu entscheiden, welcher seinem wahren Wesen nach nicht ein Streit über die Rechtmäßigkeit des angelegten Beschlags, sondern über die Frage des Eigenthums der mit Beschlag belegten Gegenstände ist."

Ottendorff.

VI.

Ein Diebstahlsversuch bleibt auch dann strafbar, wenn der Thäter von einem Andern im Einverständniß mit den Polizeiagenten dazu verleitet wurde.

Noch weit greller, als in den Annalen XX. S. 324 und Redactionsnote sowie S. 357 besprochenen Falle, trat bei der hier mitzutheilenden Entscheidung das Bedenken hervor, ob und in wie weit die im Interesse der öffentlichen Sicherheit geschehene Mitwirkung von Polizeiagenten einem Verbrechen den Character der Strafbarkeit nehme; aber auch bei dieser erlangte jenes Bedenken keine praktische Wirkung.

Ein höchst gefährlicher Verbrecher, Martin Müller, wurde von den würtembergischen, badischen und preußischen Gerichten wegen vieler schwerer Uebelthaten verfolgt und trieb sich im Amte Stockach herum, ohne daß man seiner habhaft werden konnte. Martin Beirer, dem aus gewissen Gründen viel an der Gunst der Polizeibehörden lag, entschloß sich diese dadurch zu erwerben, daß er den Müller in deren Gewalt bringe, und leitete, nachdem er zuvor Alles mit der Gendarmerie verabredet hatte, ein Einverständniß mit der von ihm gleichfalls getäuschten Concubine des Müller, Namens Rosa Brarmeier, ein, und trat sodann durch deren Vermittlung in Verkehr mit Müller selbst. Unter wirklicher Lebensgefahr wußte er, den Müller und die Brarmeier zu überreden, daß bei Accisor Lempp zu Espasingen eine große Summe Gelds entwendet werden könne. Um dem Müller recht Zutrauen einzuflößen, gab er demselben ein von der Gendarmerie erhaltenes altes Wanderbuch, welches Jenem bei seiner Flucht als Reiseausweis dienen sollte. So gelang es ihm, jene Beiden zu bewegen, daß sie in Gemeinschaft mit ihm bei Accisor Lempp einen Diebstahl verüben wollten. Accisor Lempp war ebenfalls ins Vertrauen gezogen und hatte einen schweren, mit Eisen beschlagenen Kasten, in welchem er gedürrtes Obst aufbewahrte, in seine Wohnstube geschafft, damit er die Rolle der Geldkiste spiele. In der Nacht vom 6. auf den 7. November v. J. begaben sich nun jene drei Personen in Folge der Verabredung zu dem Lempp'schen Hause, Rosa Brarmeier blieb, um Wache zu stehn, außen, die beiden Anderen aber drangen in das Haus ein, und schickten sich eben an, die vermeintliche Geldkiste fortzuschaffen als sie von der Gendarmerie, welche sich vorher dort verborgen hatte, verhaftet wurden. Auf Grund dieser Thatsachen nahm das großh. Hofgericht des Seekreises in seinem Urtheile vom 15. Februar l. J. an, daß sich Martin Müller und Rosa Brarmeier damit des Versuchs eines erschwerten Diebstahls schuldig gemacht haben, und das großh. Oberhofgericht bestätigte auf den Rekurs der beiden Verurtheilten dieß Erkenntniß mit Urtheil vom 7. April l. J. unter Adoption der hofgerichtlichen Entscheidungsgründe, welche in der betreffenden Stelle folgendermaßen lauten:

Obwohl auf Seiten des Martin Beirer keine gesetzwidrige That vorliegt (St.G.B. §. 70 verglichen mit §. 95 des St.G.B.), und wenn auch das ganze Unternehmen lediglich zum Zwecke der Beifangung des Martin Müller eingeleitet wurde, so war doch die Absicht der beiden Angeschuldigten, Müller und Brarmeier, dabei auf die Verübung eines Diebstahls gerichtet, weßhalb deren That im Hinblicke auf St.G.B. §. 106. 376. 385 O.Z. 8 als Versuch eines erschwerten Diebstahls erscheint. Wegen der vorhergegangenen Verabredung kommt St.G.B. §. 125 zur Anwendung; in Anbetracht dessen, und da Rosa Brarmeier bei der That zugegen war und Wache stund, ist auch sie als Theilnehmerin anzusehen. —

Dr. Puchelt.

VII.

Fälschung von Grenzsteinen.

§. 438 St.G.B.

Annalen XVIII. S. 321.

In dem von Aschbach erstatteten Commissionsbericht zum Tit. XXXI., S. 17 ist gesagt: „Dieser Paragraph (§. 438) setzt überall solche Grenzsteine voraus, die unter öffentlicher Autorität gesetzt wurden, die also öffentlichen Urkunden gleich stehen und diese sind es auch allein, welchen in der Volksansicht eine besondere Heiligkeit beigelegt wird."

Hiegegen hat sich Kettenacker in den Annalen a. a. O. ausgesprochen, indem der §. 438 nicht wie der §. 439 von obrigkeitlich errichteten Zeichen, sondern allgemein von echten Grenzsteinen spricht, ohne Unterscheidung, ob die Grenzsteine solche sind, welche unter öffentlicher Autorität gesetzt oder dazu bestimmt waren, oder nur solche, welche durch Anerkennung der Privatpersonen als Grenzsteine gegolten hatten, wie auch schon nach gemeinem Recht (Feuerbach peinl. Recht §. 423, 424)

dieser Unterschied nicht auf den Thatbestand des Verbrechens sondern nur auf die Strafe von Einfluß war.

Nach der letzteren Ansicht wurde von großh. Oberhofgericht in Uebereinstimmung mit dem Hofgericht des Seekreises in der Untersuchungssache gegen Paul Riedmann von G. erkannt. Dieser hatte nemlich einen Grenzstein versetzt, welcher zwar nicht unter öffentlicher Autorität gesetzt, jedoch von den Angrenzern als Grenzstein anerkannt war.

Er wurde von beiden Gerichtshöfen der Fälschung von Grenzsteinen für schuldig erklärt. In den oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründen ist gesagt:

„Den Bestimmungen des §. 438 des St.G.B. zufolge macht sich des Verbrechens der Grenzsteinverrückung oder der Fälschungen von Grenzsteinen derjenige schuldig, welcher absichtlich echte Grenzsteine, d. h. solche Steine, die als urkundliche Merkmale zur Bezeichnung der Grenze mehrerer Grundstücke entweder unter öffentlicher Autorität oder doch in gegenseitigem Einverständniß der betheiligten Eigenthümer gesetzt worden sind, unkenntlich macht, verrückt, oder hinwegschafft, oder falsche Grenzsteine setzt." Haager.

VIII.

L.R.S. 1583 a.

Auch der Eigenthumserwerb durch Ehevertrag ist zum Grundbuch einzutragen, damit er gegen dritte Personen geltend gemacht werden kann und der frühere Eigenthümer die Befugniß verliere, beliebig über die bisher in seinem Eigenthum gewesenen Liegenschaften ferner noch zu verfügen.

Der Verkäufer, welcher durch Ueberweisung seiner mit Vorzugsrecht versehenen Kaufschillingsforderung oder eines Theils derselben das entsprechende Vorzugsrecht abtrat, verliert hierdurch dritten Personen gegenüber die Befugniß nicht, anderweit über sein Vorzugsrecht zu verfügen, ganz oder theilweise Verzicht darauf zu leisten, so lange die Cession nicht zum Grundbuche eingetragen oder doch dem überwiesenen Schuldner feierlich bekannt gemacht ist.

L.R.S. 1690.

Und ebenso wie er bis zu diesem Zeitpunkt berechtigt wäre, von dem überwiesenen Schuldner den ganzen Kaufpreis in Empfang zu nehmen, diesen gänzlich zu entlasten und den Eintrag im Grundbuch gänzlich streichen zu lassen, ist er auch befugt, theilweise nämlich auf den Vorrang vor einem Pfandgläubiger zu verzichten.

(Oberhofg. Urtheil J. S. Klingel gegen Anesfänsel vom 27. April 1854, No. 1522.)

Stf.

IX.

Muß der, ein Pfandgericht auf Entschädigung belangende Gläubiger, die abgeläugnete Aechtheit der Unterschrift eines Pfandgerichtsmitglieds unter dem Pfandbuchauszuge beweisen?

§§. 397. 398 der P.O.

Wenn ein Pfandgerichtsmitglied widerspricht, zu dem Pfandbuchsextrakt mitgewirkt zu haben und seine Unterschrift unter demselben nicht anerkennt, so kann dagegen nicht geltend gemacht werden, eine solche Urkunde als öffentliche bedürfe keiner Anerkennung. Denn wenn auch eine von dem zuständigen öffentlichen Beamten unter den vorgeschriebenen Feierlichkeiten verfaßte öffentliche Urkunde ihren Inhalt vollständig beweißt und den Produkten nur die Einrede der Fälschung übrig bleibt, so handelt es sich hier nicht um den beglaubigten Inhalt der Urkunde, sondern um die Unterschrift des beglaubigenden Beamten, aus welcher die Verbindlichkeit dieses Beamten selbst abgeleitet werden soll und für deren Aechtheit in den Förmlichkeiten der Urkunde keine Bürgschaft gegeben ist, da dem von den anderen Pfandgerichtsmitgliedern unterschriebenen und dem Gläubiger eingehändigten Extrakte der Name des weiteren Pfandgerichtsmitglieds auch von fremder Hand beigefügt werden konnte.

So hat das Hofgericht des Unterrheinkreises (III Civ.-Sen.) in einem neulich entschiedenen Falle sich ausgesprochen.

Stf.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXI. No. 21. Mannheim, 20. Mai 1854.

I.

Aus der ersten Schwurgerichtssitzung des mitelrheinischen Schwurgerichts.

1) Fragestellung.

J. Vogt von Oedsbach war der Brandstiftung angeklagt. Der durch die Brandlegung verursachte Schaden betrug im Ganzen nur 60 fl. 21 kr. Dies war in der Anklageschrift wie in dem Verweisungserkenntnisse auf den Grund der Brandschadenstabelle und der Angabe des Beschädigten angeführt und von dem Angeklagten nicht widersprochen worden. Der Schwurgerichtshof legte nichts destoweniger den Geschworenen die Frage zur Beantwortung vor: „Ist der Schaden, welcher durch die Brandlegung entstanden ist, nur als ein unbedeutender anzusehen?“ nachdem eine frühere Frage sich über die Thäterschaft des Angeklagten und den durch seine That erfolgten Schaden verbreitet hatte.

In den §. 550 und 551 St.G.B. ist die Geringfügigkeit, beziehungsweise die Größe des Schadensbetrags als ein Strafmilderungs- oder Erschwerungsgrund *) angeführt. In einem früheren Falle **) war eine besondere Größe des durch die Brandlegung verursachten Schadens als eine Straferschwerung in der Anklageschrift behauptet, und gleichwohl nur die an die Geschworenen gerichtete Frage auf die Summe des Schadens gerichtet, nicht aber dahin gestellt worden, ob der Schaden ein sehr großer war.

*) Die Ueberschrift des §. 551 lautet unrichtig, Straferhöhung statt Straferschwerung. D.

**) J. A. S. gegen Rizhard Amrhein und Genossen, welche wegen Brandlegung an verschiedenen Orten um das Städtchen Oppenau in Asche zu legen, in der IV. Quartalsitzung des v. J. vor Gericht standen. D.

Nach §. 96 des E.G. sollen sich die den Geschworenen vorzulegenden Fragen „über die strafbare That mit ihren Erschwerungs- und Milderungsgründen erstrecken.“ Was haben nun die Geschworenen durch ihren Wahrspruch festzustellen? die Thatsachen, worin ein Erschwerungs- oder Milderungsgrund liegt? Diese Thatsache ist hier offenbar die Summe des Schadensbetrages, oder auch ob in dieser Thatsache ein Straferschwerungs- oder Milderungsgrund liege? Nimmt man an, daß die Beantwortung der letzteren Frage lediglich ein Akt der Reflexion, eine Schlußfolgerung aus der Schadensgröße sei, dann wird es Sache des urtheilenden rechtsgelehrten Schwurgerichtshofes sein, diese Frage zu beantworten. Nimmt man aber an, daß die Größe oder Geringfügigkeit einer Summe relativ ist, daß Zeit- und Ortsverhältnisse, der Reichthum oder die Armuth einer Gegend, ja selbst die Vermögensverhältnisse des durch das Verbrechen Beschädigten die Beschädigung zu einer nur unbedeutenden oder zu einer sehr großen machen, alsdann soll durch die Frage ein thatsächliches Verhältniß festgestellt werden, und sie ist von den Geschworenen zu beantworten.

Um eine Nichtigkeitsbeschwerde zu verhüten, mag es immerhin räthlich sein, den Geschworenen auch solche Fragen vorzulegen. Allein nicht zu verkennen ist, daß dieses zu Consequenzen führen wird, die von sehr großer Bedeutung sind; man denke nur an die zweifelhaften allein durch einen Reichthum von Erfahrungen zu beantwortenden Fragen, ob ein leichterer oder schwererer Fall des gefährlichen Diebstahls, der Fälschung, des Raubes vorliegt! Hier wie dort handelt es sich um die Beurtheilung relativer Verhältnisse; hier wie dort werden die Thatsachen, welche die strafbare That und alle sie begleitenden Umstände umfassen, durch den Wahrspruch der Geschworenen festgestellt werden müssen. Diese thatsächlichen Verhältnisse, wenn sie einmal durch die Geschworenen

festgestellt sind, unter das Gesetz zu subsumiren, dies dürfte nach dem Geiste unserer Gesetzgebung doch wohl Sache des Richters sein!

2) Verjährung der nur auf Anzeige oder Anklage verfolgbaren Vergehen. — Wirkung des Verweisungserkenntnisses gegen die Schutzrede der Verjährung.

Schullehrer St... stand wegen 2maligen Versuchs der Unzucht mit einem noch nicht mannbaren Mädchen unter vierzehn Jahren vor dem Schwurgerichte. Der erste Versuch hatte vor zwei und einem halben Jahre, der zweite vierzehn Tage vor der durch die Mutter bewirkten Anzeige statt. Von dem ersten Vorgange hatte die Mutter jedoch selbst erst in der letzten Zeit Kenntniß erlangt. In der Schwurgerichtssitzung begehrte der Vertheidiger Einstellung des Verfahrens, da nach §. 338 St.G.B. das Verbrechen verjährt sei. Auf den Antrag der großh. Staatsbehörde wurde dieses Gesuch verworfen, und zwar aus folgenden Gründen:

„In Erwägung, daß auf das nachgebrachte Vertheidigungsmittel der Verjährung aus dem doppelten Grunde keine Rücksicht genommen werden kann, weil einmal durch das Verweisungserkenntniß der großh. Anklagekammer, gegen welches eine Beschwerde von Seiten des Angeklagten nicht ergriffen wurde, rechtskräftig festgestellt ist, daß die weitere gerichtliche Verfolgung statt habe, und durch keine Verjährung beseitigt sei; E.G. §. 79. 82. 115,

und weil zum Andern eine Verjährung in Wirklichkeit nicht eingetreten ist, und zwar unter Bezug auf den Vorgang unter Nr. 2 schon darum nicht, weil derselbe durch den Wahrspruch der Geschworenen überhaupt nicht 2 Jahre vor Einleitung der Untersuchung, sondern erst später Statt hatte; in Beziehung auf beide Vorgänge unter 1 und 2 aber auch darum nicht, weil unbestrittener Maaßen die Mutter des mißbrauchten Mädchens erst im letzten Jahre vor Einleitung der Untersuchung Kenntniß von den fraglichen Vorgängen erhalten hat, und als Betheiligte, und als gesetzliche Vertreterin ihres unmündigen Kindes vor Ablauf der Verjährungsfrist die Anzeige behufs der Einleitung der Untersuchung machen konnte und gemacht hat. St.G.B. §. 190, Ziff. 3. 338."

3) §. 149 St.Pr.O.

In derselben Untersuchung war eine Reihe von Personen über unsittliche Handlungen des St. vernommen worden; auch dessen Schwiegertochter sollte über Angriffe auf ihre weibliche Ehre Auskunft geben können. Der Untersuchungsrichter belehrte sie nach §. 149 der St.Pr.O. über das Recht, des Zeugnisses sich zu entschlagen. Sie erklärte darauf: „Wenn auch mein Schwiegervater in höchst unanständiger Weise sich gegen mich benommen hat, und meine Weigerung, mich in seinen Willen zu fügen, die Ursache seiner in dem Rechtsstreite gegen mich kundgegebenen Erbitterung ist, so halten mich doch die verwandtschaftlichen Rücksichten insbesondere auf meinen Mann ab, das Nähere anzugeben; weßhalb ich das Zeugniß hierüber verweigere, wozu noch mehr ein gewisses Schamgefühl mich veranlaßt." — Die Staatsbehörde, von der Ansicht ausgehend, daß diese Motivirung der Zeugnißverweigerung von großer Erheblichkeit für die Charakteristik des Angeklagten sei, und daß dessen Schwiegertochter in voller Kenntniß von dem ihr zustehenden Rechte des §. 149 St.Pr.O., somit ganz freiwillig ihre Gründe zu Protokoll gegeben habe, benannte diese Stelle der Akten als eine der zu verlesenden Urkunden. Der Schwurgerichtshof verweigerte jedoch die Erhebung dieses Beweises, indem er von der Ansicht ausging, daß es gegen den Geist des Gesetzes gehe, wenn einmal eine Entschlagung des Zeugnisses ausgesprochen sei, die Gründe derselben zu verlesen, indem diese Gründe selbst einen Theil des abzulegenden Zeugnisses enthielten, und der Untersuchungsrichter selbst nicht einmal berechtigt gewesen sei, diese Gründe nur zu Protokoll zu nehmen. *)

4) Gibt es nach unserm Strafgesetzbuche einen im Affect gefaßten unbestimmten Vorsatz zu tödten oder am Körper zu verletzen.

Ludwig Köpf von Rintheim stand wegen Tödtung vor dem Schwurgerichte. Auf der Kirchweih in Rintheim hatte er mehrfache Aeußerungen drohenden Inhalts gethan, wie: er steche einen für einen halben Kreuzer todt, er schneide einem den Hals ab und dergleichen. In dieser wohl durch Weingenuß hervorgerufenen gefährlichen Stimmung betheiligte er sich an einem ihm durchaus

*) Der Staatsanwalt war der Ansicht, daß nach den §§. 79 bis 84 der St.Pr.O. der Untersuchungsrichter hiezu nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet gewesen sei. D.

fremden Wortstreite, in welchem er nach wiederholter Drohung gleichen Inhalts die Thätlichkeiten begann, einen wehrlosen Burschen, Ph. Rittershofer, mit 4 oder 5 Genossen verfolgte, demselben sein Messer zuerst in den Rücken stach, und nach wiederholter Mißhandlung und Verfolgung ihm das Messer mit solcher Kraft in die Brust stieß, daß zwei Rippen ganz, eine dritte theilweise durchschnitten wurden, und das verletzende Werkzeug bis tief in das Herz eindrang. Am sechsten Tage erst starb der Verwundete. Mit Rücksicht darauf, daß Köpf, ein sonst gutbeleumundeter Bursche, auch gar keine Veranlassung hatte, gegen Rittershofer, den wehr- und widerstandslosen Gegenstand gemeinsamer Verfolgung, welcher sich selbst während der Mißhandlung nicht mit einem Streiche vertheidigt hatte, aufgebracht zu sein, geschweige denn eine Ursache zu dem Entschlusse ihn zu tödten hatte, stellte die Staatsbehörde nicht die Behauptung auf, daß Köpf im Affekt den bestimmten Vorsatz gefaßt habe, den Rittershofer zu tödten (Todtschlag §. 209 St.G.B.), sondern ging in der Anklage nur von der Ansicht aus, daß Köpf mit dem im Affekt gefaßten unbestimmten Vorsatze, denselben am Körper zu verletzen oder ihn zu tödten, ihm die tödtliche Verletzung beigebracht habe.

Die Vertheidigung bestritt unter Anderem, daß die Anklage wegen eines solchen Vergehens auf gesetzlicher Grundlage ruhe. Unser Strafgesetzbuch, wurde ausgeführt, habe zwar wohl bei der vorbedachten Tödtung und bei der vorbedachten Körperverletzung des Verbrechens der Tödtung, beziehungsweise der Körperverletzung erwähnt, welches mit dem unbestimmten Vorsatze, zu tödten oder am Körper zu verletzen, begangen werde (§. 206. 228 St.G.B.), nicht aber bei der Tödtung im Affekt. Es könne daher nur von einer fahrlässigen durch im Affekt beschlossene Körperverletzung verursachten Tödtung die Rede sein.

Die von der Staatsbehörde aufgestellte Ansicht hatte jedoch nicht nur die Zustimmung der Anklagekammer gefunden, sondern ihr trat auch der Schwurgerichtshof bei, nachdem von den Geschworenen die in gleicher Richtung an sie gestellten Fragen bejaht worden waren. Es läßt sich indessen nicht verkennen, daß die scharfsinnige Ausführung des Vertheidigers sehr an Wahrscheinlichkeit gewinnt, wenn man erwägt, wie nahe in den Titeln IX. und X. die §§. 206. 228. 225 und 232 zusammengestellt sind, welche von dem unbestimmten Vorsatze bei der Tödtung und Körperverletzung, wenn die Thät mit Vorbedacht und bei der Körperverletzung, wenn die Thät im Affekt verübt wird, handeln. Hier läßt sich allerdings nicht annehmen, der Gesetzgeber habe die Möglichkeit, daß eine Tödtung, mit dem unbestimmten Vorsatze zu tödten oder zu verletzen, auch im Affekt verübt werden könne, nicht vor Augen gehabt!

Die Fälle des unbestimmten Vorsatzes, welche im speciellen Theile des Strafgesetzbuchs aufgeführt werden, sind indessen nicht zahlreich. Dieselben sind:

I. Vorbedachte That.
  1) Unbestimmter Vorsatz zu tödten oder am Körper zu verletzen,
    a) mit dem Erfolge der Tödtung (§. 206, Mord),
    b) mit dem Erfolge der Körperverletzung (§. 228).
  2) Unbestimmter Vorsatz, die eine oder die andere specielle Körperverletzung zuzufügen, mit diesem Erfolge der Körperverletzung (§. 225).

II. Im Affekt verübte That. Unbestimmter Vorsatz, die eine oder die andere Körperverletzung zuzufügen, mit gleichem Erfolge (§. 232).

Ohne daß des Vorbedachtes oder des Affektes erwähnt wird, ist der unbestimmte Vorsatz noch angeführt
1) bei der Vergiftung,
2) u. 3) bei der gemeingefährlichen Vergiftung von Brunnen u. dgl., und von zum öffentlichen Verkaufe oder Verbrauche bestimmten Waaren (§. 243. 246. 247), als ein unbestimmter Vorsatz am Leben oder an der Gesundheit zu beschädigen,
4) bei der Nothzucht, §. 335. Mißhandlung unter bestimmtem oder unbestimmtem Vorsatze mit dem Erfolge I. des Todes, II. 2) einer schweren Körperverletzung,
5) bei dem Raube, §. 412. Mißhandlung unter bestimmtem oder unbestimmtem Vorsatze mit dem Erfolge I. des Todes, II. 2) einer schweren Körperverletzung,
6) 7) u. 8) bei vorsätzlich verursachter Ueberschwemmung, Beschädigung von Eisenbahnen oder Störung des Telegraphenbetriebs*), §. 564. 567. 569 c., mit dem Erfolge des Todes, „wenn dieser dem

*) Gesetz vom 20. April 1854, Regierungsblatt Nr. XX.

Thäter zum bestimmten oder unbestimmten Vorsatze zugerechnet werden kann."

Es ist nun in der That auffallend, daß der Gesetzgeber, wenn er einmal die psychologische Möglichkeit eines unbestimmten auf zwei oder mehrere sich gegenseitig ausschließende Erfolge gerichteten Vorsatzes (dolus alternativus) annahm, denselben nur in den angegebenen, nicht aber in andern, oft ebenso nahe liegenden Fällen*) anführte, während er doch im allgemeinen Theile (§. 98) ohne Beschränkung sich dahin aussprach: „War die Absicht des Handelnden nicht ausschließlich auf einen bestimmten Erfolg gerichtet, sondern unbestimmt auf einen oder den andern von mehreren möglichen Erfolgen, so wird ihm derjenige davon zum Vorsatze zugerechnet, welcher wirklich eingetreten ist."

Es darf indessen daraus, daß nur in einzelnen Fällen des unbestimmten Vorsatzes gedacht ist, nicht aber in allen, wo er denkbarer Weise vorkommen kann, nicht gefolgert werden, daß er in den letztern Fällen nicht anzunehmen sei. Dies würde schon gegen die Regel sprechen, daß ein allgemeines Gesetz überall Anwendung finden muß, wo nicht eine Ausnahme ausdrücklich geboten ist. Forscht man aber nach dem Grunde, warum der Gesetzgeber in einigen Fällen des unbestimmten Vorsatzes gedenkt, so wird man vielleicht nicht irren, wenn man diesen Grund in den Rücksichten für die Strafausmessung findet. Für den Mord, mit dem bestimmten Vorsatz zu tödten, droht §. 205 die Todesstrafe. Nach §. 98 müßte daher auch der, welcher den Tod nur unbestimmt gewollt hat, der Tod treffen, obschon die Verschuldung dessen, der den Tod oder eine Körperverletzung nur alternativ gewollt hat, offenbar eine geringere ist, als die des Mörders mit dem bestimmten Vorsatz. Im §. 228 ist bei eingetretener Körperverletzung mit dem unbestimmten Vorsatze zu tödten oder zu beschädigen, umgekehrt die Verschuldung des Thäters eine größere, als wenn sein Vorsatz nur auf Körperverletzung gerichtet gewesen wäre. Die Fälle der Vergiftung und namentlich wo solche in gemeingefährlicher Weise geschah (§. 243. 246. 247), bedurften einer höheren Strafandrohung als ihnen durch die Bestimmungen über die Tödtung und Körperverletzung unter Anwendung der §§. 98. 209. 225. 232 geworden wäre, sowohl wegen der größeren Verschuldung des Thäters, als wegen der objektiv größeren Gefährlichkeit der That. Das Letztere ist in gleicher Weise der Fall bei den gemeingefährlichen Verbrechen der Ueberschwemmung, der Beschädigung von Eisenbahnen und Telegraphen. Hier aber (§. 564. 567. 569 c.) wie in den Fällen der Nothzucht und des Raubes (§. 335. I. 412. I.) reichte die Bestimmung des §. 98 zur Strafausmessung schon deßwegen nicht aus, weil hier mit dem eingetretenen Erfolge des unbestimmt gewollten Todes noch ein anderes Verbrechen concurrirt.

Was endlich die Fälle der Körperverletzung mit unbestimmtem Vorsatze betrifft (§. 225. 232. 235. II. 2. 412. II. 2), so wird man nicht irren, wenn man sagt, es hat der Gesetzgeber den unbestimmten Vorsatz im Sinne des §. 98 (dolus alternativus) mit dem allgemeinen*) Vorsatze zu beschädigen (dolus indeterminatus nocendi) verwechselt; oder doch wenigstens beide Arten von Willensrichtung vermengt und einander gleichgestellt. Denn abgesehen von der Frage über die psychologische Möglichkeit, daß derjenige, welcher mit Vorbedacht eine Körperverletzung zufügt, die eine oder die andere der unter 5 Kathegorien aufgezählten Körperverletzungen mit Klarheit gleichzeitig gewollt habe, so wird man dieses doch bei den Körperverletzungen im Affekt sicherlich nicht annehmen. Hier ist — und dieses zeigt die tägliche Erfahrung — die Willensrichtung des Handelnden gewiß nicht die, eine oder die andere specielle Körperverletzung zuzufügen, sondern sie geht dahin, überhaupt zu verletzen, zu beschädigen. In diesem

---

*) Hierher sind vorzüglich zu rechnen: 1) Tödtung im Affekt mit dem unbestimmten Vorsatze zu tödten oder zu verletzen; 2) Mißhandlung einer Schwangeren mit dem unbestimmten Vorsatze das Kind abzutreiben oder die Mutter sammt dem Kinde zu tödten (§. 230. 254); 3) Tödtung und Körperverletzung im Raufhandel (§. 239. 240), mit dem unbestimmten Vorsatze zu tödten oder zu verletzen — die eine oder die andere specielle Körperverletzung zuzufügen; 4) Kindesaussetzung mit dem unbestimmten Vorsatze, der Sorge für das Kind sich rechtswidrig zu begeben oder des Kindes Tod zu verursachen (§. 260. 261. — Der bei dem Diebstahle (auch der Unterschlagung) so häufig vorkommende Vorsatz, sich fremdes Gut rechtswidrig anzueignen, ohne daß der eingedrungene Dieb ein speciell bestimmtes Stück im Auge hat, darf bei scharfer Sonderung der Begriffe so wenig zum unbestimmten Vorsatze gerechnet werden, als bei der Körperverletzung der allgemeine Vorsatz zu verletzen. Hierüber weiter unten. D. E.

*) Die Ueberschrift zum §. 99 ist eine offenbar falsche. Hier ist weder von einem allgemeinen, noch von einem unbestimmten Vorsatze die Rede; sondern von dem ganz bestimmten Vorsatze der Erreichung eines klar gewollten Erfolges, welcher aber nicht durch das hiezu gewählte Mittel, sondern durch ein anderes erreicht wird. D. E.

Willen ist jede Art von Körperverletzung eingeschlossen, und diese Willensrichtung versteht auch der Gesetzgeber unter seinem „unbestimmten" Vorsatze der §§. 225. 232*). Wenn nun der Gesetzgeber, sobald nur diese allgemeine Willensrichtung, zu beschädigen, in dem Thäter vorhanden war, lediglich durch den Erfolg die einzelnen 5 Strafrahmen bestimmt haben wollte, so wird er dadurch einerseits durch die hauptsächlich in Streithändeln sich kundgebende rohe Unbesorgtheit der Schlagenden, Stechenden u. s. w., andererseits durch die hohe Wichtigkeit des durch sie bedrohten Gutes, der körperlichen Integrität veranlaßt worden sein, indem es kaum möglich ist, auf andere Weise wirksame Abwehr und kräftigen Schutz zu gewähren. Allein diese Bestimmung des Strafgesetzes ist etwas Anderes, als was der §. 98 verordnet. Dieser will, daß von mehreren alternativ gewollten, aber auch immer zugleich speciell gewollten Erfolgen der eingetretene Erfolg zum Vorsatz zugerechnet werde, und dies ist ganz richtig. Denn auch der eingetretene Erfolg war vor der That in das Bewußtsein des Handelnden nicht nur als ein möglicher, sondern auch als ein gewünschter Erfolg getreten. Er lag daher in seinem Vorsatze. Nicht so bei den Fällen der §§. 225. 232. Hier sind es nicht mehrere Erfolge, welche der Handelnde alternativ will. Der Erfolg lag, sowie er eintrat, vielleicht, ja beinahe immer gar nicht in seinem Willen. „Er wollte den B. nur mißhandeln und hat ihm den Arm abgeschlagen", sagt Jentner in seinem Berichte; und gleichwohl trifft ihn die Strafe des §. 225. 2. Der Gesetzgeber fingirt daher hier, daß der eingetretene Erfolg in dem Vorsatze des Handelnden gelegen habe und straft die Handlung nach dieser Fiktion.

Betrachtet man nun die Fälle des unbestimmten Vorsatzes, welche in dem speciellen Theile des Strafgesetzbuches erwähnt sind, so findet sich überall auch ein besonderer Grund hiezu. Es schließt daher die namentliche Aufführung dieser Fälle die Anwendung des §. 98 auf die Tödtung im Affekte nicht aus.

Man kann aber weiter gehen und sagen: gerade in den Fällen, in welchen das Strafgesetz im Affekt übertreten wird, ist (obschon hier des unbestimmten Vorsatzes der Gesetzgeber nur bei dem §. 232 gedacht hat)

*) Vergleiche Jentner im Commissionsberichte an die 2. Kammer, welcher dieses unzweideutig ausspricht. D. E.

gerade diese Willensrichtung der Natur der Sache nach am meisten vorhanden.

Ist es psychologisch möglich*), daß die Absicht eines Handelnden nicht ausschließlich auf einen bestimmten Erfolg, sondern unbestimmt auf den einen oder den andern von mehreren möglichen Erfolgen gerichtet sei (§. 98), dann beruht dieser Seelenzustand darin, daß der Handelnde nicht zum vollkommen klaren Bewußtsein dessen, was er beabsichtigt, in dem Momente des Handelns gekommen war. Dieser Seelenzustand ist nicht der des mit Vorbedacht Handelnden. Denn dieser überlegt, was er will; er überdenkt, wie er sein Ziel erreicht. Sein Ziel muß ihm daher vor der That klar geworden sein, und von einem solchen wird kaum gesagt werden können, daß er als Zweck seiner vorher bedachten Handlung den Tod oder die Verletzung seines Gegners gewollt habe. Nimmt dieses aber der Gesetzgeber gleichwohl an (§. 206. 228), dann muß er es auch bei dem annehmen, welcher im Sturm der Leidenschaft, des aufgeregten Gefühls ohne Vorbedacht seinen Entschluß faßt

*) D. Krug sagt in seinem sehr empfehlenswerthen Schriftchen: „Ueber dolus und culpa, und insbesondere über den Begriff der unbestimmten Absicht" S. 64: Wir glauben geradezu behaupten zu müssen, daß ein solcher dolus alternativus gar nicht vorkommt: er ist ein psychologisches Unding. Der Mensch handelt eigentlich immer mit einer bestimmten Absicht. (Lüden, Handbuch S. 251: Es ist nicht möglich, daß Jemand zu gleicher Zeit zwei Erfolge beabsichtigt, von welchen der eine die Möglichkeit des andern ausschließt) und S. 75: Man hat den dolus alternativus indeterminatus als ein Hin- und Herschwanken zwischen verschiedenen Zwecken aufgefaßt. Allein wenn der Wille zwischen zwei verschiedenen Objecten schwankt, so kann man nicht sagen, daß irgend eines dieser Objecte gewollt worden sei. Man kann ein bestimmtes Object, man kann Tödten nicht unbestimmt wollen. Dagegen kann man ein unbestimmtes Object wollen, indem man sein Wollen bestimmt auf einen allgemeinen Begriff richtet, z. B. das Verletzen. Der Wille ist hier bestimmt auf den allgemeinen Begriff des Verletzens gerichtet, und zwar — unter Umständen — so allgemein, daß darin auch das tödtliche Verletzen inbegriffen ist. Durch die Allgemeinheit des Begriffs Verletzen wird der Wille unbestimmt. Er erhebt sich nicht zum bestimmten Wollen des schwersten Erfolgs; er beschränkt sich aber auch nicht auf einen bestimmten geringeren Erfolg. Der animus occidendi ist eine specielle, daher bestimmte, der animus nocendi eine generelle, daher unbestimmte Willensrichtung. Nur „mittelbar" kann man sagen, ist der animus nocendi generalis zugleich auf Tödtung gerichtet; allein diese mittelbare Willensrichtung ist kein wirkliches Wollen der Tödtung. Die Tödtung ist nicht Gegenstand des Wollens; sie ist nur die in dem Wollen noch unentwickelt liegende, aber aus demselben sich von selbst entwickelnde Frucht des Gedankens: zu verletzen."

und ausführt. In einem solchen Seelenzustand ist das Bewußtsein über Zweck und Mittel nicht klar. Hier kann es möglicherweise vorkommen, daß im Augenblick der That sich Gedanken über Tödtung und Verletzung kreuzen und ehe die Gedanken sich klären und ein helles Bewußtsein bewirken, hat der im Affekt Handelnde auch schon die That verübt. Bei ihm wird man daher viel eher als bei dem mit Vorbedacht Thätigen drei Arten von Willensrichtungen aufstellen können:

1) Bestimmter Vorsatz zu tödten (Todtschlag §. 209, ihm gegenüber Mord §. 205).
2) Absicht zu beschädigen, mit zwischen Tödtung und Körperverletzung schwankendem („unbestimmtem") Vorsatze.
3) Bestimmte Absicht zu verletzen ohne irgend einen Vorsatz zu tödten *).

Wird die unter 2) beschriebene Willensrichtung schon der Natur der Sache nach am meisten bei dem im Affekte Handelnden vorkommen, so ist dieses offenbar vorzugsweise beim Raufhandel der Fall. Hier, wo die Bursche meistens aufgeregt durch Streit und durch Wein, im Besitze lebensgefährlicher Werkzeuge sind, ist es keineswegs unnatürlich anzunehmen, daß in den durch ihre Gegner bedrängten Streitenden die Gedanken zu tödten oder zu verletzen in der getrübten Auffassung des Augenblicks sich kreuzen, und ehe Klarheit des Bewußtseins zurückkehrt, ist der verhängnißvolle Streich gefallen. Wenn daher der §. 98 irgendwo anwendbar ist, so wird er es bei den Tödtungen im Raufhandel sein, obschon der §. 239 eines unbestimmten auf Tödtung oder Körperverletzung gerichteten Vorsatzes nicht, sondern nur der Tödtung mit dem bestimmten Vorsatze zu tödten oder der fahrlässigen durch vorsätzliche Körperverletzung verursachten Tödtung gedenkt.

Ottendorff.

---

*) Tritt hier der tödtliche Erfolg wider den Willen des Handelnden ein, dann ist es „fahrlässige durch vorsätzliche Körperverletzung verursachte Tödtung. §. 213. Diese Unterscheidung zwischen 2 und 3 ist sehr wichtig. Der mit der Willensrichtung unter 2 Handelnde wünscht den eingetretenen Tod seines Gegners, nur nicht mit voller Klarheit des Bewußtseins; ihn trifft daher die Strafe des Todtschlags nach §. 98. 209. Der mit der Willensrichtung unter 3 Handelnde wünscht nur eine Körperverletzung. Der tödtliche Erfolg tritt gegen seinen Willen ein. Die schwerste Strafe, die ihn treffen kann, ist nur zehnjähriges Zuchthaus. §. 213. 1.

D. E.

II.

Zur Erläuterung der bürgerlichen Prozeß-Ordnung.

VII. Zwei Fragen aus dem Gebiete der Gerichtsferien. §. 244. 245.

1) Läuft die Wiederherstellungsfrist des §. 1156 u. 1184 in den Ferien ab?

In einer im ordentlichen Verfahren verhandelten Streitsache (Weinstock gegen Weinstock) hatte der Kläger gegen das Urtheil des Bezirksamtes die Appellation angezeigt, dieselbe aber in der gesetzlichen Frist nicht ausgeführt, weßhalb am 12. Dezbr. v. Jahres die Verfallenerklärung erfolgte.

Die Zustellung der letzteren an den Kläger fand am 19. Dezbr. statt, erst am 7. Januar d. J. aber, am ersten Tage nach Ablauf der Gerichtsferien, kam die Beschwerdeschrift mit Wiederherstellungsbitte ein.

Der Kläger, beziehungsweise sein Anwalt, ging, was die Fristberechnung betrifft, hiebei von der Voraussetzung aus, daß die Wiederherstellungsfrist des P.O. §. 1156 (alte P.O. §. 1203) gleich andern Fristen, insbesondere auch sonstigen Wiederherstellungsfristen nach der allgemeinen Regel des §. 244 Abs. 1 zu behandeln sei, somit, da der Ablauf der Frist in die Zeit der Gerichtsferien fiel, noch der nächste auf die Ferien folgende Tag dem Kläger zu gut komme.

Zur Nachweisung der Rechtzeitigkeit seiner Berufung aufgefordert, suchte der klägerische Anwalt durch eine nähere Rechtsausführung seine Ansicht zu begründen, das Hofgericht des Unterrheinkreises verwarf jedoch die Appellation als unzulässig *), indem es annahm, daß jene Wiederherstellungsfrist unter die im Abs. 2 des §. 244 hinsichtlich der für die Rechtsmittel gesetzlich vorgeschriebenen Nothfristen gegebene Ausnahmsbestimmung falle.

Diese Entscheidung entspricht der im Band 5, S. 312 der oberhofgerichtlichen Jahrbücher (neue Folge), sowie auch in Zentners Schrift über die Rechtsmittel zu §. 1156 ausgesprochenen Ansicht. Da indessen an beiden

---

*) Nach Beendigung dieses Aufsatzes kam mir die kurze Notiz am Schluß von No. 19 dieser Blätter zu. Dieselbe scheint durch die hier angeführte hofgerichtliche Entscheidung veranlaßt, dürfte jedoch eine näher eingehende Erörterung nicht überflüssig machen.

D. E.

angeführten Orten*) eine Begründung der betreffenden Ansicht nicht beigefügt, und im vorliegenden Falle eine abweichende Meinung nicht ohne scheinbare Gründe geltend gemacht wurde, so mag eine etwas nähere Erörterung der in obiger Entscheidung befolgten Ansicht hier Platz finden.

Die dagegen vorgebrachten Gründe waren im Wesentlichen folgende:

Es unterliege wohl keinem Zweifel, daß die Wiederherstellungsfrist im Allgemeinen zwar eine gesetzliche Frist (im Gegensatz einer richterlichen oder vertragsmäßig vereinbarten Frist) aber keine Nothfrist sei; es frage sich daher nur, ob etwa die Wiederherstellungsfrist gegen Versäumung der Appellation eine Nothfrist sei. Letzteres wäre nur dann anzunehmen, wenn der Gesetzgeber sie ausdrücklich für eine Nothfrist erklärt hätte, was doch keineswegs der Fall sei; es müsse daher die allgemeine Regel zur Anwendung kommen.

Wenn schon daraus, daß die fragliche Frist eine Wiederherstellungsfrist ist, sich von selbst ergebe, daß sie keine Nothfrist sei, so gehe dieß noch besonders aus der Vergleichung der einzelnen Bestimmungen des Gesetzes hervor, indem die P.O. überall diejenigen Fristen, die sie als Nothfristen betrachte, ausdrücklich als Nothfristen bezeichne, während sie bei blos gesetzlichen Fristen nur schlechtweg von einer Frist spreche. So wurden in §. 1141. 1146. 1148. 1184 und 244 die Fristen zur Anmeldung und Ausführung der Appellation ausdrücklich als Nothfristen bezeichnet, während im §. 1156 bei der Bestimmung der Wiederherstellungsfrist nur das Wort Frist gebraucht sei. Die Absicht des Gesetzgebers in dieser Beziehung sei um so unverkennbarer, da in dem nämlichen Tit. XLV., Abschnitt 3 der P.O. die zuerst erwähnten Fristen stets als Nothfristen bezeichnet wurden, die Wiederherstellungsfrist dagegen in eben jenem Abschnitt immer nur eine Frist schlechtweg genannt werde; jeder Zweifel aber, ob die fragliche Wiederherstellungsfrist eine Nothfrist sei, müsse schwinden, wenn man den Eingang des §. 1157 („nach Ablauf dieser Frist") sowie Ziff. 1 des nämlichen §. (wo wieder einfach von Frist die Rede ist) mit dem unmittelbar folgenden §. 1158 (wo die Frist der Anmeldung und der Ausführung, jede besonders als Nothfrist ausgezeichnet ist) in Vergleichung bringe, indem dort der Gegensatz in den Bezeichnungen klar in die Augen falle.

Gegen diese Gründe kommt nun in Betracht:

Es muß wohl anerkannt werden, daß die Wiederherstellungsfristen, welche zur Nachholung versäumter Proceßhandlungen gegeben sind, im Allgemeinen keine eigentlichen Nothfristen im gesetzlichen Sinne*) sind, und daß auch die Wiederherstellung gegen Versäumungserkenntnisse keineswegs wie die Wiederherstellungsklage gegen rechtskräftige Urtheile zu den eigentlichen Rechtsmitteln gezählt werden darf.

Hierüber war man unter der Herrschaft der ältern P.O. längst einig.

> Vrgl. oberhofgerichtliche Jahrbücher (neue Folge) Band 4, S. 506.
>
> Annalen Jahrg. IV., S. 263.
>
> Zentner's Rechtsmittel, Eingang zu Tit. 45 (jetzt 44).
>
> Titel 45 bis 49 der P.O. (jetzt 44—48).

Durch die Neuerungen in den §§. 604—615 der jetzigen P.O. wurde in dieser Hinsicht nichts geändert.

Ferner muß auch anerkannt werden, daß in der P.O. bei Erwähnung der Appellationsanmeldungsfrist, sowie der Appellationsausführungsfrist meistens, wie zur Warnung, die Bezeichnung Nothfrist besonders hinzugesetzt ist (jedoch keineswegs überall, §. 1134. 1144 und besonders 1145. 1152), und daß dagegen die Wiederherstellungsfrist gegen Versäumung der Appellation gar nirgends als eine Nothfrist ausdrücklich bezeichnet ist. Noch auffallender als in den oben hervorgehobenen Stellen zeigt sich die Verschiedenheit und anscheinende Unterscheidung im Ausdruck in §. 1184 (früher §. 1206), indem dort sogar in einem und demselben Satze jede der zuerst erwähnten beiden Fristen als Nothfrist besonders bezeichnet, die fragliche Wiederherstellungsfrist dagegen nur einfach als solche aufgeführt ist.

Hienach liegt allerdings die Vermuthung sehr nahe, daß der Gesetzgeber der mehrerwähnten Wiederherstellungsfrist die Eigenschaften einer Nothfrist nicht beilegen wollte,

*) An dem erstern Orte ist blos bemerkt, die Frist des §. 1203 (jetzt §. 1156) sei eine „für das Rechtsmittel der Appellation gesetzlich vorgeschriebene Nothfrist." In der Schrift von Zentner aber wird auf die oberhofgerichtlichen Jahrbücher verwiesen. D. E.

*) Uebrigens sind die Wiederherstellungsfristen doch mit den eigentlichen Nothfristen sehr nahe verwandt, so daß man sie in einem weitern Sinn wohl auch mit dem Namen Nothfristen bezeichnen könnte, wenn der Sprachgebrauch der P.O. nicht dagegen wäre. Vgl. Reinhardt, Handbuch des Prozesses §. 266; Martin, Lehrbuch §. 119 und Bayer's Beiträge hiezu. D. E.

und eine Gesetzesauslegung, die dem Buchstaben mehr Gewicht einräumt als dem Geist, möchte auch in diesem Falle kaum über den Buchstaben des Gesetzes hinauszukommen vermögen.

Demungeachtet muß wohl die Ansicht festgehalten werden, daß jene Frist wie eine Nothfrist zu behandeln ist.

Es erscheint nämlich jene Frist, wenn man dieselbe in ihrem Zusammenhang mit den vorhergehenden Nothfristen näher in das Auge faßt, nur als eine dem appellirenden Theil noch zu gutkommende Verlängerung der für die Rechtsmittel vorgeschriebenen Nothfristen, mit welchen sie in untrennbarer Verbindung steht, es muß derselben daher vermöge dieser ihrer besonderen Natur nothwendig die Wirkung einer für ein Rechtsmittel vorgezeichneten Nothfrist beigelegt werden. Wäre sie daher nicht schon als Wiederherstellungsfrist unerstrecklich*), so könnte dieselbe jedenfalls aus dem angeführten Grunde nicht nach Maßgabe des P.O. §. 242 durch Uebereinkunft der Partheien verlängert werden, da sonst der anerkannte Grundsatz, daß Nothfristen weder durch die Partheien noch durch den Richter verlängert (oder verkürzt) werden dürfen, mittelbar seine Wirkung verlöre, insofern das, was vor der Verfallenerklärung nicht zu erwirken ist, ohne Mühe nach der Verfallenerklärung bewirkt werden könnte; aus dem gleichen Grunde muß aber auch der Ablauf der fraglichen Wiederherstellungsfrist in den Gerichtsferien angenommen werden, weil ja sonst der ebenfalls anerkannte Grundsatz, daß die für die Rechtsmittel vorgeschriebenen Nothfristen auch in den Gerichtsferien ablaufen sollen, mittelbar in seiner Wirksamkeit wesentlich verletzt werden würde, was gegen die Absicht des Gesetzes ginge. Man denke z. B. an die Fälle, in denen der Schluß der fraglichen Wiederherstellungsfrist schon bei dem Beginne der Gerichtsferien statt finden sollte.

Ist demgemäß die Wiederherstellungsfrist des P.O. §. 1156 nicht schon als Wiederherstellungsfrist eine eigentliche Nothfrist und zwar (wegen ihrer Beziehung auf die Appellation) eine solche, welche für ein Rechtsmittel gesetzlich vorgeschrieben ist, so muß sie doch jedenfalls nach Obigem wie eine solche Nothfrist behandelt werden.

*) Daß die Wiederherstellungsfristen im Allgemeinen unerstrecklich sind, ist zwar im Gesetz nirgends ausdrücklich bestimmt, jedoch sind dabei ebenso wie bei der Nothfrist zur Appellationsanmeldung wegen Entfernung des Wohnsitzes der Parteien vom Gerichtsort Zusatzlage bewilligt und es wird die Unerstrecklichkeit gewöhnlich angenommen. Oberhofgerichtliche Jahrbücher (neue Folge), Bd. 4, S. 506. Die nahe Verwandtschaft dieser Fristen mit den eigentlichen Nothfristen läßt sich jedenfalls nicht verkennen. Vgl. die vorhergehende Anmerkung. D. E.

2) Ist der ganze Tag vor Weihnacht ein Ferientag?

(Auslegung des §. 245 Ziff. 1, zugleich ein Wort über die Gerichtsferien im Allgemeinen.)

Gerichtsferien sind nach P.O. §. 245 die Tage vom Christabend bis zum Dreikönigtag (sowie die Sonn- und gebotenen Feiertage.)

Die erstere Bestimmung wird öfters buchstäblich dahin ausgelegt, daß die Ferien erst mit dem Abend des 24. Dezembers beginnen; es finden demgemäß am Morgen dieses Tages bisweilen die gewöhnlichen öffentlichen Sitzungen oder Verhandlungstagfahrten statt.

Diese Auslegung dürfte jedoch dem Sinne des Gesetzes keineswegs entsprechen. Unter dem Ausdruck „Christabend" ist nicht blos der Abend, sondern der ganze Vortag vor dem Christfest zu verstehen, wie unter dem Ausdruck „Sonnabend" der ganze Samstag. Abend in diesem Sinne bezeichnet nämlich den Vortag vor einem Feste, wie Adelung in seinem grammatikal. crit. Wörterbuch der deutschen Sprache unter Anführung von Beispielen (Fastenabend, Osterabend, Pfingstabend) bestätigt.

Daß der ganze Vortag gemeint ist, läßt sich auch daraus erkennen, daß die Gerichtsferien überhaupt nur nach Tagen berechnet werden sollen, wie sich aus §. 245 selbst ergiebt („die Tage vom Christabend" ...) und daß sie auch nur nach Tagen berechnet werden können, wie aus §. 244 Abs. 1 hervorgeht. (Schluß folgt.)

III.

Curiosum.

In den Entscheidungsgründen eines badischen Bezirks-Amts vom Jahr 1853 kommt folgende Stelle vor:

> Die öffentlichen Behörden des americanischen Staates sind von der großh. bad. Staatsregierung als solche anerkannt worden, indem dieselben den nordamericanischen Staat selbst durch Aufstellung eines Generalconsulates anerkannt haben.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von E. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXI. No. 22. Mannheim, 27. Mai 1854.

I.

Zur Erläuterung der bürgerlichen Prozeß-Ordnung.

VII. Zwei Fragen aus dem Gebiete der Gerichtsferien. §. 244. 245.

(Schluß.)

Ueberdieß spricht wohl auch die Rücksicht dafür, daß das vom Gesetzgeber heilig zu achtende schönste christliche Familienfest der Weinachtsbescheerung bei jener engen Auslegung leicht beeinträchtigt werden kann.

Der Grund, daß die angemessenen Ferien des badischen Richters nicht noch durch Auslegung beschränkt werden möchten, soll hier nicht geltend gemacht werden. Es ist bekannt, wie wenig die gemüthliche Absicht, die nach Weilers Zeugniß in den Motiven zur P.O. vom Jahr 1831 den Gesetzgeber bei Festsetzung der Weihnachtsferien leitete, in Bezug auf die badischen Richter sich in Wirklichkeit bewährt hat; am Schlusse des Jahres sind die letztern meistens mit Dienstgeschäften noch mehr oder doch nicht minder überhäuft als sonst.

Wie wenig auch die für gänzliche Abschaffung der Erndte- oder Herbstferien in Weiler's Motiven angeführten Gründe stichhaltig sind, hat schon Thilo in seiner erläuterten P.O. in der Anmerkung zu §. 246 klar nachgewiesen. Zu den früheren Erfahrungen in Bezug auf diesen Gegenstand sind nun aber unter der Herrschaft der neuen Strafgesetzgebung und insbesondere des Schwurgerichtsverfahrens weitere Erfahrungen hinzugekommen, wonach die Wiedereinführung regelmäßiger Sommergerichtsferien im Intresse aller mit der Rechtspflege beschäftigten Personen und des Dienstes selbst sich als sehr wünschenswerth darstellen möchte. Gewiß würde der Dienst bei den Gerichtshöfen nicht darunter leiden, sondern im Gegentheil dabei gewinnen, wenn statt der den Sommer hindurch fortdauernden abwechselnden Beurlaubung der einzelnen Gerichtsmitglieder, welche jetzt mit den schwurgerichtlichen Geschäften nicht wohl in befriedigenden Einklang zu bringen ist, die regelmäßige Ferienzeit für alle Betheiligten eintreten würde, während die dringenden Geschäfte in dieser Zeit durch die bestellten Feriensenate erledigt wurden.

Auch für unsere Unterrichter, und für unsere Anwälte und vorzüglich für die zahlreiche Classe der Landleute, würde eine solche Einrichtung unverkennbar zweckmäßig und wohlthätig erscheinen. Die Erfahrung in anderen Ländern, namentlich in Rheinpreußen, verbürgt dieß zur Genüge

Es sind übrigens die Ernte- und Herbstferien im römischen und gemeinen Rechte begründet.

l. 1., l. 4. D. de feriis et dilat., 2, 12.
l. 7. C. de feriis, 3, 12.
Cap. 5. X. de feriis, 2, 9.
Auch Baden-Durlachisches Landrecht. Theil I. Tit. 3.

Eduard Brauer.

II.

1) Es ist die Aufgabe des Richters, die wahre Natur eines Vertrages nach den festgesetzten wechselseitigen Rechten und Pflichten der Contrahenten zu beurtheilen und hiernach die rechtlichen Folgen auszusprechen.

2) Die Theilnahme an einer Gesellschaft bringt es von selbst mit sich, daß der Theilnehmer sein

Einlagkapital in der Gant der Gesellschaft nicht schuldenfrei zurücknehmen kann.

3) Zustellungen richterlicher Verfügungen, welche an eine Gesellschaft zu geschehen haben, müssen an alle einzelnen Gesellschaftsmitglieder geschehen.

G. Ritte v. D. forderte an die Gantmasse der Gesellschaft Maggi und Bodenmüller als Darlehen und mit Berufung auf ein gegen jene Gesellschaft ergangenes Liquiderkenntniß die Summe von 18,044 fl. Diese Forderung wurde bestritten, weil die der Gesellschaft gegebene Summe kein Darlehen, sondern ein Einlagekapital und weil das Liquiderkenntniß ohne Rechtskraft sei, indem dasselbe laut der Beurkundung des Gerichtsboten an Maggi-Bodenmüller zugestellt wurde, ohne daß ermittelt werden konnte, an welche physische Person der Gesellschaft die Zustellung geschah.

Der Unterrichter locirte den Liquidanten G. Ritte mit seiner Forderung in die III. Ordnung. Vom Hofgericht des Seekreises wurde das amtliche Urtheil dahin abgeändert, daß G. Ritte mit seiner Forderung abzuweisen sei. Das großh. Oberhofgericht bestätigte das hofgerichtliche Urtheil. In den oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründen ist gesagt:

„Nachdem Maggi und Bodenmüller am 1. Mai 1846 einen Gesellschaftsvertrag zur Betreibung einer Glasfabrick abgeschlossen und die gemeinschaftliche Leitung dieses Geschäfts übernommen hatten, wurde am 12. November 1847 zwischen dem Oberappellanten und jenen beiden Gesellschaftern ein weiterer Vertrag auf die Dauer von acht Jahren errichtet, welcher für einen Bestandtheil des Gesellschaftsvertrags erklärt wurde, und folgende wesentliche Bestimmungen enthält:

1) G. Ritte legt ein Kapital von 20,000 fl. unaufkündbar für 8 Jahre in die Gesellschaft ein, bezieht daraus, gleich wie Maggi und Bodenmüller aus ihrem Einlagekapital, 5% Zinsen, und dasselbe wird auf die Realitäten der Gesellschaft versichert;

2) G. Ritte macht sich verbindlich, wie jeder Associe im Geschäft thätig zu sein, und bezieht dafür nebst freier Wohnung ⅓ am Gewinn, so lange er nicht als wirklicher Gesellschafter eintritt, wo er alsdann nach Maaßgabe seiner Einlage an dem Ertrag und den Lasten des Geschäfts Theil nimmt.

Im Uebrigen kommen

3) dem G. Ritte ganz dieselben Rechte zu, wie den Gesellschaftstheilhabern Maggi und Bodenmüller und die Gesellschaftsangelegenheiten werden von den drei Contrahenten gemeinschaftlich und mit gleichem Stimmrecht berathen, beschlossen und betrieben.

Mögen nun die Contrahenten über das sich hierdurch gestaltende Rechtsverhältniß selbst nicht vollkommen im Klaren gewesen sein, oder mögen sie die Absicht gehabt haben, durch die dem Vertrag gegebene Form diejenigen Bestimmungen des Gesetzes zu umgehen, welche die wesentlichen und unabänderlichen Folgen der Theilnahme an einer Gesellschaft festsetzen, so bleibt es immerhin die Aufgabe des Richters die wahre Natur des Vertrags nach den festgesetzten wechselseitigen Rechten und Pflichten zu beurtheilen, und hiernach die rechtlichen Folgen derselben auszusprechen.

Troplong société No. 49.

Diese Beurtheilung aber führt zu dem Ergebniß, daß Oberappellant durch jenen Vertrag Theilnehmer an der Gesellschaft geworden ist. Es wurde nach den oben erwähnten Vertragsbestimmungen zwar allerdings das Recht der Rückforderung des Kapitals nach Ablauf einer bestimmten Zeit vorbehalten, ohne daß von der Verbindlichkeit den Gläubigern damit zu haften, die Rede ist.

Auch wurde der bedungene Antheil am Gewinn als eine Belohnung für die zu leistenden Dienste dargestellt, und es könnte hiernach scheinen, als wäre der Vertrag ein mit einem Dienstverding verbundenes Darlehen. Dagegen kommt jedoch entscheidend in Betracht, daß den Oberappellanten weitere Rechte eingeräumt wurden, welche nur mit der Eigenschaft eines Theilnehmers an der Gesellschaft vereinbar sind, und die Unterstellung eines blosen Dienstverhältnisses zu derselben als unmöglich ausschließen. Da nämlich die Rechte des Oberappellanten in Bezug auf die Verwaltung und Betreibung der Gesellschaftsangelegenheiten völlig die gleichen waren, wie die eines Gesellschafters, so war seine Thätigkeit in jenen Angelegenheiten nicht die eines Mandatars der in fremdem Namen und nach fremdem Befehl, d. h. nach dem Befehl des eigentlichen Geschäftsherrn handelt, sondern der Oberappellant, welcher in Folge jener Bestimmungen selbst zu den Geschäftsherrn gehörte, handelte dabei im eigenen Namen und im eigenen Interesse und wirkte somit in eben diser Eigenschaft, aber nicht als Beauftragter der Gesellschaft, auch zur Eingehung der Verbindlichkeiten durch entscheidende Stimme mit, was nur mit einer wirklichen Theilnahme an der Gesellschaft

vereinbar ist. Eben deßhalb kann auch der Bezug von ⅓ am Gewinn nicht als ein Honorar angesehen werden, denn nur der Mandatar bezieht eine Belohnung, während diejenigen, welche Kraft eigenen Rechts die Gesellschaft verwalten, und gemeinschaftlich die Geschäftsherrn sind, wie es bei allen drei Contrahenten gleichmäßig der Fall war, den Gewinn immer nur als Theilnehmer an der Gesellschaft beziehen können, mögen sie dem Bezug nur diesen oder jenen Titel unterstellen.

Daß in dem Vertrage von einem erst später erfolgenden Eintritt als wirklicher Gesellschafter gesprochen wird, ist, abgesehen davon, daß dadurch die den ausbedungenen Rechten allein entsprechende Eigenschaft des Contrahenten nicht beseitigt werden könnte, aus dem Grunde ganz unerheblich, weil daraus nur folgt, daß Ritte erst später in allen Beziehungen und namentlich im Gewinnantheil den übrigen Gesellschaftern gleichgestellt werden sollte, nicht aber, daß sein einstweiliges Verhältniß zu der Gesellschaft überhaupt keine Theilnahme an derselben sein soll, da eine solche in verschiedener Weise stattfinden kann. Auch hat es nur unter Voraussetzung seiner Theilnahme an der Gesellschaft einen vernünftigen Sinn, daß der mit G. Ritte abgeschlossene Vertrag als ein Bestandtheil des früher zwischen Maggi und Bodenmüller errichteten Gesellschaftsvertrags erklärt wurde.

Wenn sich ferner der Oberappellant auch nicht ausdrücklich verbindlich gemacht hat, den Gläubigern mit seinem Einlagekapital zu haften, so ist diese Verbindlichkeit doch eine nothwendige Folge für ihn, sobald er seinen Rechten nach als Theilnehmer an der Gesellschaft erscheint, und eben diese Folge konnte in keiner Weise umgangen oder durch irgend eine Clausel beseitigt werden, um den einen der Geschäftsherrn der Verantwortlichkeit gegenüber den Gläubigern zu entheben (L.R.S. 1855), denn es liegt in der Natur der Sache, und folgt auch aus annaloger Anwendung der A.Sätze 27. 28. daß derjenige, welcher ein Geschäft kraft eigener Rechte und im eigenen Interesse betreibt, oder betreiben hilft, auch für die durch diesen Betrieb entstehenden Verbindlichkeiten haften muß.

Eben darum kann endlich auch das Liquiderkenntniß, selbst wenn es in Rechtskraft erwachsen wäre, gegen die Gläubiger als dritte Personen keine Rechtswirkung haben, und die aus der Theilnahme an dem Gesellschaftsverhältniß entspringenden Verbindlichkeiten den Gläubigern gegenüber nicht aufheben.

Muß hiernach der Vertrag, aus welchem der Oberappellant seine Rückforderung ableitet, als eine Theilnahme an der Gesellschaft Maggi und Bodenmüller betrachtet werden, welche es von selbst mit sich bringt, daß der Theilnehmer sein Einlagekapital nicht schuldenfrei zurückziehen kann, so ist der Oberappellant dadurch, daß das Hofgericht ihn mit seiner Forderung an die Gantmasse abgewiesen hat, nicht beschwert, und es wurde deßhalb das hofgerichtliche Urtheil bestätigt."

Ueber die Rechtskraft des Liquiderkenntnisses hat sich das großh. Oberhofgericht nicht ausgesprochen, dagegen ist in den hofgerichtlichen Entscheidungsgründen hierüber gesagt:

„Es unterliegt keinem Zweifel, daß alle richterlichen Verfügungen und Urtheile erst dadurch zur rechtlichen Existenz gelangen, daß sie den Parteien, zwischen welchen sie ergangen sind, gehörig eröffnet oder behändigt worden sind. Ehe dies geschehen, können sie vom Richter zurückgenommen oder beliebig abgeändert werden, und haben zwischen den Parteien keinerlei Wirkung. Ein Urtheil oder Versäumungserkenntniß kann daher gegenüber derjenigen Partei, gegen welche es erlassen wurde, so lange nicht auf ein rechtliches Dasein und auf die Kraft einer rechtskräftigen Entscheidung Anspruch machen, als es nicht dem unterlegenen Theile verkündet oder — ist es ein Versäumungserkenntniß — vorschriftsmäßig behändigt worden ist. *)

Gerade dieses Erforderniß geht dem Liquiderkenntniß vom 10. Juni 1848 ab. Abgesehen davon, daß es nur die für den Liquidanten bestimmte Benachrichtigung bildet, daß dagegen die Amtsacten, worin die Liquiderklärung enthalten ist, nicht vorliegen; so ist auf der erwähnten Ausfertigung vom Gerichtsboten blos beurkundet, daß er die Zustellung an „Maggi Bodenmüller" bewirkt habe. In einer nachträglichen Erläuterung erklärt der Gerichtsbote, daß er sich nicht erinnern könne, an welche einzelne physische Person er das Liquiderkenntniß zugestellt habe, und daß auch sein Tagebuch hierüber keine Auskunft gebe; er versichere jedoch, daß er alle Zustellungen, welche er in den letzten Jahren an die Glasfabrik Maggi und Bodenmüller in Wolterdingen zu bewirken gehabt habe, stets entweder an den Gesellschafter Konrad Bodenmüller oder in seiner Abwesenheit an dessen Ehefrau oder an den Bürgermeister bewirkt habe. Hiernach kann man also

*) Vergl. jedoch Annalen XIV. S. 244. D. E.

als gewiß annehmen, daß die Zustellung des Liquiderkenntnisses v. 10. Juni 1848 keinenfalls an den Gesellschafter Maggi geschehen ist, obgleich dessen Namen auf dem Zustellungsschein vorkommt. Es war eine Zustellung an Maggi am 14. Juni 1848 zu Wolterdingen auch unmöglich, wenn man bedenkt, daß derselbe damals sich, wie nirgends von G. Ritte bestritten worden ist, im Weißbade in der Schweiz aufgehalten hat, wo er am 22. desselben Monats gestorben ist. Schon hiernach verdient die Zustellungsbescheinigung keinen Glauben, da sie unter dem beklagten Theile, an welchen die Zustellung zu bewerkstelligen war, einen Namen enthält, dessen Inhaber sich in der physischen Unmöglichkeit befand, damals in Wolterdingen ein richterliches Erkenntniß entgegenzunehmen. Die Bescheinigung ist aber auch deßhalb werth- und beweislos, weil sie als Denjenigen, an welchen die Zustellung angeblich geschehen ist, eine Handelsfirma „Maggi und Bodenmüller" nennt, an eine solche Firma aber unmöglich Zustellungen bewirkt werden können, sondern nur an einzelne physische Personen, welche nach Vorschrift der Prozeßordnung in der Zustellungsbescheinigung namentlich zu bezeichnen sind. Dazu kommt, daß Zustellungen, welche an eine Gesellschaft zu geschehen haben, gilligerweise nothwendig an alle einzelnen Gesellschaftsmitglieder geschehen müssen, da eine bürgerliche oder Handelsgesellschaft keine Corporationsrechte hat, vermöge welcher die moralische Person von einzelnen physischen Personen von Rechtswegen repräsentirt wird, sondern die Mitglieder einer Gesellschaft, wenn sie vor Gericht auftreten, erscheinen lediglich als Mitgenossen, an welche alle im Jahre 1848, ehe nämlich der §. 267 der P.O. neuer Fassung existirte, die Behändigung von Versäumungserkenntnissen bewirkt werden mußte, wenn sie gegen Alle von Rechtswirkung sein soll. Dieses ist erwiesenermaaßen in vorliegendem Falle nicht geschehen, daher auch gegen die in Gant gerathene Handelsgesellschaft jenes den einzelnen Handelsgesellschaftern niemals vorschriftmäßig behändigte Liquiderkenntniß keine Rechtswirkung hat.

Haager.

III.

Wenn der in einer bürgerlichen Streitsache geleistete, zugeschobene oder vom Richter auferlegte Eid mehrere Thatsachen enthält, so ist der Thatbestand des Meineids vorhanden, wenn auch nur eine dieser Thatsachen wissentlich falsch beschworen worden ist, und es hat der Strafrichter nicht zu prüfen, ob diese Thatsache in civilrechtlicher Hinsicht erheblich und entscheidend ist.

Elisabetha Ehrath trat in dem schriftlich abgefaßten Cessionsvertrag vom 27. April 1850 eine ihr zustehende Kaufpreisforderung von 357 fl. 30 kr. nebst Zins an die Maria Stihl um die ihr sogleich baar bezahlte Summe von 320 fl. 36 kr. ab. Da der cedirte Schuldner, Karl Ehrath, keine Zahlung leistete und später in Gant gerieth, wodurch die Maria Stihl ihre ganze Forderung verlor, so erhob sie gegen Elisabetha Ehrath eine Klage auf Umstoßung des Cessionsvertrags und Zurückzahlung des Cessionspreises, indem sie behauptete, daß sie von der Elisabetha Ehrath durch betrügerische Vorspiegelungen zur Eingehung dieses Cessionsvertrags verleitet worden sei.

Dieser Rechtsstreit endete mit einem Urtheile des großh. Hofgerichts des Seekreises vom 3. Mai 1853, welches aussprach: Die Beklagte Elisabetha Ehrath hat in anzuberaumender Tagfahrt den zugeschobenen Eid zu leisten:

> Es ist nicht wahr, daß ich bei Eingehung des Cessionsvertrags vom 27. April 1850 der Maria Stiehl versichert habe, daß die cedirte Forderung erstes Vorzugsrecht genieße, und daß ihr, der Maria Stihl, die mit Vertrag vom 19. Mai 1848 an Karl Ehrath verkauften Liegenschaften bis zur Zahlung des cedirten Kaufpreises verhaftet bleiben; und es ist ferner nicht wahr, daß ich gewußt habe, daß auf den am 19. Mai 1848 an Karl Ehrath verkauften Liegenschaften schon an diesem Tage ältere und vorzüglichere (d. h. dem Kaufpreis vorgehende) Unterpfandslasten geruht haben, und daß der Karl Ehrath schon zur Zeit des 27. April 1850 überschuldet gewesen ist.

Als Folge wurde bestimmt, daß, wenn sie diesen Eid schwört, die Klage abgewiesen, wenn sie ihn aber verweigert, nach dem Klagantrage erkannt werden solle.

Nachdem die Elisabetha Ehrath am 5. Juli 1853

diesen Eid in formrichtiger Weise ausgeschworen hatte, und das Vereinigungs-Erkenntniß auf Abweisung der Klage erlassen worden war, wurde gegen Elisabetha Ehrath eine Untersuchung wegen Meineids eingeleitet, und am 28. März l. J. kam diese Sache vor dem Schwurgerichte des Seekreises zur Verhandlung. Es wurde vom Schwurgerichtshofe den Geschworenen nur eine Frage zur Beantwortung vorgelegt, nämlich die, ob die Angeklagte Elisabetha Ehrath schuldig sei, den ihr in ihrer Streitsache mit Maria Stihl, Richtigkeit eines Cessionsvertrags betreffend, durch hofgerichtliches Urtheil anferlegten Eid, welcher seinem Wortlaute nach aufgeführt war, wissentlich falsch geschworen zu haben?

Erläuternd bemerkte der Schwurgerichtspräsident den Geschworenen, daß sie im Falle, wenn von ihnen etwa bezüglich eines Theiles der Eidesformel die Schuldigerklärung, im Uebrigen aber die Freisprechung angenommen werde, dies in der Fassung ihrer Antwort in geeigneter Weise deutlich auszusprechen hätten. Der hierauf ergangene Wahrspruch der Geschworenen lautete dahin, daß die Frage bezüglich des zweiten Satzes der Eidesformel „und es ist nicht wahr, daß ich gewußt habe, daß auf den am 19. Mai 1848 an Karl Ehrath verkauften Liegenschaften schon an diesem Tage ältere und vorzüglichere Unterpfandslasten geruht haben," bejaht, im Uebrigen aber verneint wurde.

Nachdem nunmehr zwischen dem Vertreter der Staatsbehörde und dem Vertheidiger über die Folgen dieses Wahrspruchs eine Erörterung stattgefunden hatte, erließ der Gerichtshof folgendes Urtheil: Nach Ansicht des Wahrspruchs der Geschworenen und in Erwägung, daß hiernach bewiesen ist, daß die Angeklagte eine Thatsache der Eidesformel wissentlich falsch beschworen hat; in Erwägung, daß dem Strafrichter nicht zukommt zu prüfen, ob diese eine wissentlich falsch beschworene Thatsache schon für sich oder nur in Verbindung mit einer andern Thatsache, bezüglich welcher die Angeklagte nach dem Wahrspruch der Geschworenen nicht wissentlich falsch geschworen hat, in civilrechtlicher Beziehung von Erheblichkeit ist, daß es vielmehr genügt, wenn im rechtskräftigen Civilurtheile diese eine Thatsache als eine entscheidende in die Eidesformel aufgenommen ist. In Anwendung der §§. 484. 503. 508. 149 E.G., 158 St.G.B. und §. 351 St.P.O. wird zu Recht

erkannt:

Die Angeklagte Elisabetha Ehrath sei des Meineids für schuldig zu erklären und hierwegen in eine Zuchthausstrafe von einem und einem halben Jahre und in eine Geldstrafe von 150 fl. sowie in die Strafprozeß- und Urtheilsvollstreckungskosten zu verurtheilen, auch sei dieselbe für unfähig zum Eide und zum gerichtlichen Zeugniß zu erklären.

B. R. W.

Da die Richtigkeitsbeschwerde nicht angemeldet wurde, so ist dieß Urtheil bereits in Vollzug gesetzt worden.

Bemerkungen des Einsenders.

Die hier entschiedene Frage wurde unter der Herrschaft der alten Strafgesetzgebung von dem großh. Oberhofgerichte in einem Bd. I. S. 253 ff. der Blätter für Justiz und Verwaltung mitgetheilten Falle im entgegengesetzten Sinne und zu Gunsten des Angeschuldigten beantwortet, allein in den Noten zu jenem Aufsatz, insbesondere S. 268. 269 scheint mir sowohl aus allgemeinen Gründen als auch nach den Bestimmungen des damals geltenden Rechts die Begründung jenes oberhofgerichtlichen Urtheils siegreich widerlegt zu sein. Das dort Gesagte zeigt, soweit es sich um allgemeine Rechtswahrheiten handelt, auch jetzt noch, daß in unserm Fall der Schwurgerichtshof mit Recht sich nicht auf die Prüfung der civilrechtlichen Erheblichkeit des wissentlich falsch beschworenen Eides-Satzes eingelassen hat. Damit stehen auch die jetzigen Gesetze im Einklang, denn es bestimmt zwar der übrigens nicht ausdrücklich recipirte §. 4 der St.P.O., daß die strafgerichtliche Untersuchung sich zugleich auch auf solche privatrechtlichen Vorfragen oder Zwischenpunkte erstreckt, von welchen im einzelnen Falle die Behandlung oder Entscheidung der Strafsache abhängt, daraus läßt sich aber kein Gegengrund ableiten; denn es ist daraus nicht zu entnehmen, welche privatrechtliche Vorfragen dahin gehören, und dieß muß vielmehr der Strafrichter sich in jedem einzelnen Falle erst aus dem Gesetze selbst klar machen. In dieser Hinsicht ist zu erwähnen, daß nach St.G.B. §. 484. 492 (vrgl. Note 3 zu §. 492 in Thilo und Annalen XIX, No. 6, besonders pag. 44 und die Noten) für den Thatbestand des Meineids nur ein solcher Fehler des Civilurtheils in Betracht kommen kann, welcher die Abnahme des darin auferlegten Eids als gesetzlich unstatthaft darstellt, mithin im Uebrigen die Richtigkeit des Civilurtheils den Strafrichter gar nicht berührt. Nun ist in der 37. Sitzung der 2. Kammer vom 27. Juni 1844 von einem Regierungscommissär ausdrücklich bemerkt worden, daß die Unstatthaftigkeit des Eids nicht

auch den Fall in sich begreift, wenn etwa die Eidesformel nicht dem Rechte gemäß aufgestellt ist, oder wenn der Eid überhaupt in dem speciellen Falle einem juristischen Bedenken unterliegt, was sodann die jetzige Fassung des §. 492 herbeiführte, und mithin die hier vertheidigte Ansicht vollkommen rechtfertigt. Gegen die Eidesformel im hofgerichtlichen Urtheile kann man allerdings einwenden, daß der zweite Theil von den Worten: „und es ist ferner nicht wahr" bis zum Ende nur eventuell hätte auferlegt werden sollen, nemlich nur für den Fall, wenn die Angeklagte die Beschwörung des vorhergehenden ersten Satzes verweigerte, da andernfalls durch die eidliche Abläugnung der angeblichen betrügerischen Vorspiegelungen das Fundement der von Maria Stihl erhobenen Klage beseitigt war, und auf die Uebrigen in den zweiten Theil der Eidesformel aufgenommenen Thatsachen gar nichts mehr ankam. Hat die Angeklagte bei Eingehung des Cessionsvertrags der Maria Stihl keine betrügerische Vorspiegelungen gemacht, so hatte die Letztere keinen Grund, die Umstoßung des Cessionsvertrags zu verlangen, und war es gleichgültig, ob die Angeklagte wissentlich eine unbeibringliche Forderung cedirt hat. L.R.S. 1693. 1694. Nun hat die Angeklagte beschworen, daß sie der Maria Stihl die fraglichen Zusicherungen nicht gemacht hat, und diesen Theil des Eids hat sie nach dem Wahrspruch der Geschworenen wahrheitsgemäß geleistet, mithin läßt sich dem obigen Bedenken noch das weitere anreihen, daß die von ihr wissentlich falsch beschworene Thatsache unter diesen Umständen dem wirklichen Sachverhalt nach unerheblich war.

Diese Bedenken erledigen sich jedoch in einer Richtung dahin, daß sie nach der obigen Anschauungsweise nicht in das Gebiet des Strafrichters gehören, (vergl. noch Annalen a. a. O. S. 48 Note *) und in der anderen Richtung führen sie zu der in den Entscheidungsgründen des Schwurgerichtshofs nicht ausdrücklich erwähnten Frage, ob auch das wissentlich falsch Schwören eines Theils des urtheilsmäßigen Haupt- oder Notheids das Verbrechen des Meineids begründet? Der Fall, wenn es sich um verschiedene, von einander unabhängige Thatsachen, z. B. um eine Reihe von Darleihen oder von Zahlungen handelt, kann natürlich kein Zweifel erregen, denn da sind in Wahrheit ebensoviele Eide auferlegt, als es Thatsachen sind, und die Verbindung zu einer Eidesformel ist etwas zufälliges und unwesentliches, so daß das wissentlich falsche Beschwören auch nur einer von mehreren Darleihen oder Zahlungen selbstverständlich als Meineid erscheint. Bilden dagegen die verschiedenen, in der Eidesformel zusammengefaßten Thatsachen, ein zusammenhängendes Ganze, wie in unserem Falle den Begriff eines civilrechtlichen Betrugs (L.R.S. 1116), so ist die Sache schwieriger, denn St.G.B. §. 484 sagt: „wer einen Eid wissentlich falsch schwört," und daraus könnte man ableiten, daß das wissentlich falsch Schwören des ganzen Eids zum Meineid erfordert werde.

Dieß ist jedoch nur unter der Voraussetzung richtig, daß der Inhalt des Eids nicht nur im juristischen Sinne, sondern auch thatsächlich ein Ganzes ausmacht, läßt sich aber die Eidesformel in einzelne Umstände zerlegen, von denen jeder für sich einen Sinn hat, so verhält es sich, wie im vorigen Fall, daß nemlich eine Reihe von Eiden vorliegt, und wird nun eine solche Thatsache wissentlich falsch beschworen, so ist dieß ein Meineid. Ganz ähnlich der Ausdrucksweise des §. 484 spricht der §. 486 von dem falschen Zeugniß und Gutachten, und dessenungeachtet wird man unzweifelhaft dieß Verbrechen annehmen, wenn in einer langen Deposition auch nur eine Unwahrheit wissentlich ausgesagt worden ist. Auch das moralische Gefühl darf man wohl geltend machen, welchem ein solches theilweise falsch Schwören ebenfalls den Eindruck des Meineids macht. Daß der von der Angeklagten Elisabetha Ebrath geleistete Eid zwar nur e i n e n Rechtsbegriff darstellt, aber mehrere Thatsachen enthält, und daß namentlich die eine wissentlich falsch beschworene Thatsache einen selbstständigen Sinn hat, ist klar, und somit mußte die Angeklagte, obwohl der Wahrspruch im Uebrigen zu ihren Gunsten ausgefallen war, auf Grund der darin enthaltenen theilweisen Bejahung des Meineids für schuldig erklärt werden.

Wenn man mit den obigen Andeutungen annehmen würde, daß die von der Angeklagten falsch beschworene Thatsache civilrechtlich unerheblich sei, so könnte man sich versucht fühlen, darin nach Maßgabe des §. 490 St.G.B. einen Strafmilderungsgrund zu finden, allein diese Gesetzesstelle bezieht sich nur auf das falsche Zeugniß und Gutachten und ist demnach hier gemäß St.G.B. §. 149. 153 nicht anwendbar; auch ist wohl zu erwägen, daß der Strafrichter nicht weiß, welches Gewicht das Civilgericht jener Thatsache beigelegt, und ob dasselbe, wenn die Angeklagte den Eid hierüber verweigert, im Uebrigen aber geleistet hätte, nicht dennoch den Vereinigungsbescheid zu deren Nachtheil erlassen haben würde. Dieß und die

oben erörterte Beschränkung der Prüfungsbefugniß des Strafrichters zeigen, daß jener Umstand nur als Strafminderungsgrund berücksichtigt werden konnte. Annalen XIX., S. 48 Note *).

Zur Unterstützung der hier vertheidigten Ansichten sind schließlich anzuführen die Lehrbücher von Heffter §. 410, lit. a u. b und Note 1, sowie von Feuerbach §. 418. 419 und Mittermaiers Note V. zu §. 419 und Note I. zu §. 420.

Dr. Puchelt.

IV.

Verpfründung eines Entmündigten.

1) Die Verwendung des Hauptstockes für den Entmündigten, wenn sie nothwendig erscheint, ist durch L.R.S. 510 nicht ausgeschlossen, denn L.R.S. 509 stellt den Entmündigten dem Minderjährigen gleich, und nach L.R.S 457 kann der Vormund des Minderjährigen, dessen Einkünfte unzureichend sind, auf das Mündelgut selbst greifen.

2) Dem Vormund ist nicht erlaubt, eine freigebige Verfügung über das Mündelgut zu treffen.

Arg. L.R.S. 427.

Zachariä, fr. Civil-Recht I. B., §. 113, S. 280, Ziff. 1 vor Note 37.

L.R.S. 1100 a. b. knüpft zwar die Vermögensübergabe an die von der Form der Schenkungen gegebenen Regeln, doch stellt das Gesetz nirgends den Satz auf, daß jede Vermögensübergabe eine Schenkung sei. L.R.S. 1100 b. a. theilt vielmehr dem Vermögensübernehmer die Rechte und Verbindlichkeiten eines Geschenknehmers nur zu, so lang die Belastung nicht über zwei Drittel des höchsten jährlichen Ertrags wegnimmt.

3) Zur Verpfründung eines Entmündigten in Form einer Vermögensübergabe fordert L.R.S. 457 die Ermächtigung des Familienrechts und L.R.S. 458 die Bestätigung des ordentlichen Richters. An ihre Stelle tritt nach Art. 5 und 19 des II. Einführungsedikts die ordentliche polizeiliche Obrigkeit, welche den Vormund, den Ortsvorsteher oder einen Waisenrichter und die im Orte wohnhaften Verwandten vernimmt und dann darüber beschließt.

4) Diese polizeiliche Bestätigung des Vertrags wird von derselben Behörde ertheilt, welche die obervormundschaftliche Ermächtigung zu geben hätte. Wenn nun jene einem Vertrage über Verpfründung eines Entmündigten die Bestätigung ertheilt, so ist hiermit auch die obervormundschaftliche Ermächtigung gegeben; denn wenn diese zu versagen war, konnte auch die polizeiliche Bestätigung nicht ertheilt werden.

5) Der Waisenrichter hat bei dem Vertrag nicht nothwendig mitzuwirken; wenn er als Zeuge dabei verwendet wurde, so ist dies nicht gerade unzulässig, da er nur nach dem Vertragsabschluß das Interesse des Minderjährigen, beziehungsweise Entmündigten zu vertreten hat, aber deßwegen noch keine Einheit der Person zwischen ihnen besteht, er also unbetheiligt ist.

6) Wenn der Pfründnehmer von der Verbindlichkeit des Pfründgebers zur Verpflegung keinen Gebrauch macht, so bleibt dieser demungeachtet nach L.R.S. 1983 d. in Folge des Vertrags kraft Gesetzes Eigenthümer des empfangenen Vermögens. Jene Nichtausübung des durch den Verpfründungsvertrag für den Pfründnehmer erworbenen Rechts kann nicht der in

L.R.S. 1983 i. und §. 23 ff. der Verordnung vom 15. September 1807 (Reg.-Bl. No. X.)

erwähnten Unverträglichkeit des Pfründgebers und Rechners gleichgeachtet werden, welche ein Zusammenleben voraussetzt, und kann auch keinen Grund zur Umstoßung des Verpfründungsvertrags abgeben, denn sonst hinge es immer von der Willkühr des Pfründnehmers ab, ob er den Vertrag erfüllen will oder nicht, wodurch dem Vertrag selbst jede bindende Kraft genommen würde.

Eif.

V.

1) Bettel unter Mitführung falscher Päffe §. 640 St.G.B.

2) Fälschung öffentlicher Zeugnisse zum Zwecke des Bettels §. 429 vgl. mit §. 423. 426 St.G.B.

3) Fälschung von Siegeln §. 446 St.G.B.

Franz Doser und Magdalena Herr hatten auf dem Bettel falsche Reiseausweise (keine förmlichen Päffe) mit sich geführt.

Das Hofgericht des Seekreises verurtheilte dieselben unter Anwendung des §. 640 St.G.B. wegen Bettels unter Mitführen falscher Päffe, von der gewiß richtigen Ansicht ausgehend, daß unter den in §. 640 genannten

„falschen Pässen" nicht blos förmliche Pässe, sondern alle Arten von Reiseausweisen zu verstehen sind, wofür schon der Grund des Gesetzes*) und überdies die Bestimmung in §. 429 spricht, welche die Fälschung von Wanderbüchern, Pässen und Reiserouten auf die gleiche Linie stellt.

Sodann hatten Johann Hellmuth und Magdalena Herr sich verabredet, mittelst des Gebrauchs falscher öffentlicher Zeugnisse durch Magdalena und Peter Herr milde Gaben an Geld und Kleidungsstücken für sich und Peter Herr zu erbetteln. In Folge dieser Verabredung hatte Johann Hellmuth die falschen öffentlichen Zeugnisse gefertigt, er und Magdalena Herr hatten mit einem solchen den Peter Herr in das Lehrinstitut zu Villingen gesendet, und Magdalena Herr hatte ebendaselbst sowie in Königsfelden zum Zwecke des Bettels von den falschen öffentlichen Zeugnissen Gebrauch gemacht. Hiefür wurden dieselben von dem Hofgericht des Seekreises nach §. 49 St.G.B. wegen Fälschung öffentlicher Zeugnisse bestraft. In den hofgerichtlichen Entscheidungsgründen ist gesagt: „Diese Handlungen fallen unter die Strafbestimmung des §. 429; denn, wenn auch Gewinnsucht der Fälschung zu Grunde lag, so fehlt es an einer weitern Voraussetzung, unter welcher allein die Strafbestimmung des §. 423, beziehungsweise §. 426 zur Anwendung kommen könnte, nämlich daran, daß die Fälschung zum Zwecke der Verübung eines Betrugs geschah, indem die von Bettlern zur Erschleichung freiwilliger milder Gaben gebrauchten Vorspiegelungen an und für sich noch nicht das Vergehen des Betruges in strafrichterlicher Bedeutung begründen."

Escher, die Lehre vom strafbaren Betrug und von der Fälschung, S. 98.

Aschbach, Commissionsbericht zum Tit. XXXI. des Entwurfs, S. 5.

*) Der Grund des Gesetzes ist der, weil solche Bettler durch ihr Benehmen eine besondere Verschmitztheit und Gefährlichkeit kundgeben.

Litschgi, Commissionsbericht zum Tit. XLVIII, des Entwurfs, S. 1.

Uebrigens versteht es sich von selbst, daß zur Bestrafung solcher Bettler, welche falsche Pässe oder falsche öffentliche Zeugnisse zum Zwecke der Vorspiegelung von Gebrechen u. s. w. (§. 640) bei sich führen, vorausgegangene polizeiliche Correktionen nicht erforderlich sind, sondern, daß solche Individuen schon im ersten Betretungsfalle der gerichtlichen Bestrafung unterliegen.

Litschgi a. a. O., S. 2. D. C.

Endlich hatte Johann Hellmuth die zur Fälschung der öffentlichen Zeugnisse gebrauchten Siegel selbst gefertigt. Dies wurde vom Hofgericht des Seekreises nur als Straferhöhungsgrund und nicht als das besondere Verbrechen des §. 446 St.G.B. betrachtet, weil diese letzterwähnte Strafbestimmung auf diejenigen Fälle keine Anwendung findet, in welchen der Fertiger der falschen Siegel zugleich der Urheber der Fälschung ist, zu deren Verübung die Siegelfälschung dient. §. 448 St.G.B.

Thilo's Strafgesetzbuch zu §. 448, Note 5.

Haager.

VI.

Rechnungsfehler bei Accorden.

Der L.R.S. 2058 und der §. 1117 der P.O. sprechen von Rechnungsirrthümern, welche an sich der Verbesserung unterliegen.

Wird ein Werkverding lediglich nach den Ansätzen eines Voranschlags, unter Beibehaltung seiner Positionen und Totalsumme, abgeschlossen, in welchem ein Rechnungsirrthum unterlaufen ist, so kann auch in jenem der Rechnungsverstoß gefunden und verbessert werden.

Hat aber, wenn auch auf den Grund eines, einen Rechnungsirrthum enthaltenden, Voranschlags die Versteigerung eines Baues im Ab- oder Aufstreich stattgefunden, dann ist die Accordsumme nicht das Ergebniß einzelner, von beiden Theilen aufgestellter Positionen (wobei ein gemeinschaftlicher Verstoß in der Zusammenrechnung stattgefunden haben könnte), sondern eine Totalsumme, mit welcher sich der Steigerer begnügt, beziehungsweise welche der Versteigerer bewilligt auf den Grund seiner eigenen, nur ihm bekannten und möglicherweise bei ihm selbst nicht festbestimmten Ansätzen und Erwägungen. Hier kann also überall nicht eine einfache Verbesserung des Rechnungsverstoßes eintreten, vielmehr müßte zum Zweck der Berichtigung erst das Verhältniß der irrigen Voranschlagssumme zu der Accordsumme aufgefunden werden.

Der Steigerer oder Versteigerer kann zwar möglicherweise bei Abschluß des Werkverdings auf die Position des Voranschlags, welche den Rechnungsfehler enthält, Rücksicht genommen und in der Meinung, der Ansatz sei richtig, nach dieser sein Gebot, beziehungsweise den Zuschlag bemessen haben; dann liegt aber auf seiner Seite ein Irrthum bei dem Vertragsabschlusse vor, welcher nicht einmal (L.R.S. 1110. 1110a.) eine Entschädigungsforderung begründen könnte, insofern der andere Contrahent deßhalb, weil der eine sich geirrt hat, nicht verbindlich werden kann, etwas mehr zu geben oder zu leisten, als er Willens war,

Brauer, Erläuterungen 3. Bd., S. 26 zu L.R.S. 1116 b, seine Willenserklärung aber nur auf die Accord- und nicht auf eine größere Summe ging. Stf.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXI. No. 23. Mannheim, 3. Juni 1854.

I.

Zwei Cassationsrecurse.

Erster Fall.

1) Nur wegen Verletzung wesentlicher Vorschriften des Verfahrens bei der Schlußverhandlung oder der Urtheilsfällung findet die Nichtigkeitsbeschwerde statt. E.G. §. 115. I. 2.

2) In der Anklage dürfen eventuelle, jedoch das Verweisungserkenntniß nicht überschreitende Anträge gestellt und denselben entsprechende Fragen vom Schwurgerichtshof an die Geschworenen gerichtet werden. E.G. §. 91 Abs. 3. St.P.O. §. 246 Abs. 1.

3) Auch die Anzündung einer eigenen Sache zur Beeinträchtigung der Rechte Anderer wird als Brandstiftung und nicht als Betrug bestraft. St.Ed. §. 66. St.G.B. §. 557.

Am 31. Januar d. J. erließ die Anklagekammer am großh. Hofgerichte des Unterrheinkreises nachstehendes Erkenntniß:

„Isak Bär Westheimer von Billigheim sei unter der Anschuldigung

daß er den Ludwig Schäfer von Billigheim vorsätzlich zu dem Entschlusse bestimmt habe, ein ihm — dem Westheimer — gehöriges Wohngebäude, nemlich das zwischen Billigheim und Allfeld gelegene s. g. untere Hammerwerk in der Nacht vom 5. auf den 6. Juli 1848 unter Umständen aus denen eine von ihm — dem Westheimer — vorher zu sehende Gefahr für Menschenleben hervorgegangen, absichtlich in Brand zu stecken und dadurch Ursache dieser That geworden sei; daß er überdieß zur Ausführung dieser von ihm und Ludwig Schäfer zu Billigheim gemeinschaftlich bezweckten That, vor derselben in Folge einer mit Ludwig Schäfer getroffenen Verabredung mitgewirkt habe; daß er damit das nach Art. 125 der peinlichen Gerichtsordnung §. 66 des Strafedikts und §. 119. 125. 546. 554 des St.G.B. zu bestrafende Verbrechen der Brandstiftung verübt habe —

zur Aburtheilung vor das Schwurgericht zu verweisen.

Nachdem die hiergegen mit Bezug auf §. 82 Abs. 3 des E.G. an den obersten Gerichtshof gebrachte Beschwerde unterm 16. Febr. l. J. als unbegründet verworfen und hiernächst Tagfahrt zur Schlußverhandlung auf den 20. März anberaumt worden war, beantragte der Vertheidiger noch die Vorladung mehrerer Entlastungszeugen, die das großh. Hofgericht durch Beschluß v. 7. März l. J. als überflüssig ablehnte. Dem dagegen remonstrirenden Vertheidiger wurde durch weitern Erlaß v. 10. März zu erkennen gegeben, daß man sich nicht veranlaßt sehe, von der Verfügung v. 7. März abzugehen, ihm vielmehr überlassen müsse, nunmehr nach eröffneter Schwurgerichtssitzung gut findende Anträge an den Schwurgerichtshof, resp. an den Präsidenten desselben zu stellen.

In dem Protocolle des Schwurgerichtshofs ist jedoch von derartigen Anträgen nichts erwähnt.

Der in der Anklage gestellte Antrag ist dem Verweisungserkenntnisse gemäß formulirt mit dem Zusatze, den Angeklagten jedenfalls der Brandstiftung zur Beeinträchtigung der Rechte der großh. Brandkasse und der Achen-Münchener Feuerversicherungs-Gesellschaft für schuldig zu erklären.

Nach gepflogener Verhandlung wurden an die Geschworenen folgende 3 Fragen gestellt:

I. Ist der Angeklagte J. B. W. von B. schuldig, den L. Sch. von B. vorsätzlich zu dem Entschluß bestimmt zu haben, ein ihm, dem Angeklagten W. gehörendes, bewohntes Gebäude, nemlich das zwischen B. und A. gelegene s. g. untere Hammerwerk, in der Nacht vom 5. auf den 6. Juli 1848 unter Umständen, aus denen eine von ihm, dem Angeklagten W. vorherzusehende Gefahr für Menschenleben hervorgegangen ist, in Brand zu stecken und ist derselbe schuldig, hierdurch die Ursache dieses Verbrechens geworden zu sein?

II. (Im Falle der Verneinung der ersten Frage)
Ist der Angeklagte J. B. W. von B. schuldig, den L. Sch. von B. vorsätzlich zu dem Entschlusse bestimmt zu haben, das in der ersten Frage bezeichnete, dem Angeklagten J. B. W. gehörende bewohnte Hammerwerk in der Nacht vom 5. auf den 6. Juli 1848 in Brand zu stecken, um dadurch die Rechte Anderer, nemlich der großh. bad. Brandversicherungsanstalt und der Achen-Münchner Feuerversicherungs-Gesellschaft, zu beeinträchtigen, und ist derselbe schuldig, dadurch Ursache dieses Verbrechens geworden zu sein?

III. Ist der Angeklagte J. B. W. von B. schuldig, in Folge einer mit L. Sch. von dort getroffenen Verabredung zur Ausführung der in der ersten Frage, beziehungsweis zweiten Frage bezeichneten, von ihm und L. Sch. gemeinschaftlich bezweckten That vor deren Vollführung mitgewirkt zu haben?

Die Geschworenen verneinten die erste und dritte Frage und bejahten nur die zweite.

Das hierauf von dem Schwurgerichtshof gefällte Urtheil lautet dahin:

In Erwägung, daß die nach dem Wahrspruch von dem Angeklagten im Jahr 1848 verübte Handlung sowohl nach dem früheren Strafrecht (Strafedict §. 66) als nach dem neuen Strafgesetzbuch §. 557 den Thatbestand der Brandstiftung enthält, welches Verbrechen nach dem neuen Gesetze, welches gemäß §. 7 des E.G. als das mildere hier in Anwendung kommt, in einem Falle der vorliegenden Art mit Zuchthaus von 1 bis 8 Jahren zu bestrafen ist;

In Berücksichtigung der übrigen Umstände dieses Falles und der gemäß §. 149—152 des St.G.B. hieraus zu schöpfenden Gründe der Strafausmessung;

Nach Ansicht der §§. 7 und 8 des Ges. über den Strafvollzug, sowie des §. 351 der St.P.O. hinsichtlich der Kosten wird zu Recht erkannt:

Der Angeklagte J. B. W. von B. sei der durch Anzündung des ihm gehörigen bewohnten Hammerwerkes zwischen A. und B. bewirkten Brandstiftung zur Beeinträchtigung der Rechte der großh. Gebäudeversicherungs-Anstalt und der Achen-Münchener Feuerversicherungs-Gesellschaft für schuldig zu erklären und deßhalb zu einer Zuchthausstrafe von vier Jahren oder zwei Jahren acht Monaten Einzelhaft, sowie zur Tragung der Kosten &c. &c. zu verurtheilen.

Gegen dieses am 21. März l. J. ergangene Urtheil ergriff der Angeklagte den Cassationsrecurs und beschwerte sich namentlich darüber:

1) daß durch die hofgerichtliche Verfügung v. 7. März die Vorladung mehrerer Zeugen zur Schlußverhandlung abgeschlagen wurde, obgleich die Thatsachen, worüber sie aussagen sollten, erheblich gewesen seien.
2) daß die Frage II. nicht nur eine ganz andere Thatsache, sondern ein ganz anderes Verbrechen als das im Verweisungserkenntniß bezeichnete zum Gegenstand habe;
3) daß der Schwurgerichtshof nach Verneinung der Fragen I. und III. nicht ein freisprechendes Urtheil erlassen, und
4) daß derselbe den Angeklagten nicht wenigstens blos wegen Betrugs zu einer bürgerlichen Strafe verurtheilt habe; weil nach gemeinem Rechte, welches zur Zeit der That noch galt, das Anzünden der eigenen Sache mit der Absicht, die Rechte Dritter zu beeinträchtigen, wenn dabei keine Gefahr für Menschenleben oder fremdes Eigenthum vorhanden war, nur als Betrug strafbar gewesen sei.

Es war der Antrag gestellt:

a) das Erkenntniß des großh. Schwurgerichtshofs zu cassiren und den Angeklagten des ihm in dem Verweisungserkenntnisse zur Last gelegten Verbrechens frei zusprechen, oder
b) die Schlußverhandlung v. 20. und 21. März nebst dem Urtheile zu cassiren und die Sache an einen andern Schwurgerichtshof zu verweisen, oder
c) das Urtheil v. 21. März zu cassiren und selbst das Urtheil in der Sache zu sprechen. —

Auf die am 24. April l. J. beim höchsten Gerichtshof gepflogene Verhandlung ward jedoch die eingeführte Nichtigkeitsbeschwerde schlechthin verworfen.

Entscheidungsgründe.

In Erwägung, daß §. 15 l. 2 des Gesetzes v. 5. Febr. 1851 eine Nichtigkeitsbeschwerde nur gegen die bei der Schlußverhandlung vor den Geschworenen oder bei der Urtheilsfällung eingetretenen Verletzungen wesentlicher Vorschriften des Verfahrens zuläßt, daß somit die von dem Angeklagten auf den Grund einer, angeblich das gesetzliche Verfahren verletzenden hofgerichtlichen Verfügung vom 7. März 1854 für sich allein eingeführte Nichtigkeitsbeschwerde nicht statt findet, da dieser Verfügung ohngeachtet dem Angeklagten unbenommen war, sein damit verworfenes Gesuch um Vorladung noch weiterer Zeugen als der vom großh. Hofgericht bereits in die Schlußverhandlung geladenen, der Entscheidung des Schwurgerichtshofs, beziehungsweise seines Präsidenten, oder dem Ermessen der Geschworenen selbst, anheim zu geben (§. 93 und 95 des Gesetzes v. 5. Febr. 1851);

In Erwägung, daß das Verweisungserkenntniß der Anklagekammer v. 31. Januar 1854 den Angeklagten wegen der von ihm veranlaßten Anzündung seines eigenen bewohnten Hammerwerks unter Umständen, aus welchen von ihm Gefahr für Menschenleben vorauszusehen gewesen wäre, in Anklagestand gesetzt und die Anklageschrift auch in erster Reihe die Bestrafung des Angeklagten hierwegen beantragt hat, die Geschworenen aber die Frage, ob die Brandstiftung voraussichtlich mit Gefahr für Menschenleben verbunden gewesen sei, verneint haben;

In Erwägung, daß jedoch die Anklageschrift auch noch den eventuellen Antrag gestellt hat, den Angeklagten der von ihm zum Zwecke der Beeinträchtigung der Rechte zweier Brandversicherungs-Anstalten veranlaßten Anzündung seines bewohnten Hammerwerks — wenn auch unter Umständen, welche keine Gefahr für Menschenleben voraussehen ließen — für schuldig zu erklären, und daß der Wahrspruch der Geschworenen auf die eventuell an sie gestellte zweite Frage die so verübte That des Angeschuldigten auch als erwiesen angenommen hat;

In Erwägung, daß dieser eventuelle Antrag der Anklageschrift dieselbe Thatsache, wegen welcher der Angeklagte durch die Anklagekammer vor das Schwurgericht verwiesen worden ist, nemlich die im Juli 1848 geschehene Anzündung des Westheimer'schen Hammerwerks zum Gegenstande hat, und daß diese Anzündung, auch wenn dabei die im Verweisungserkenntniß unterstellte Gefahr für Menschenleben nicht vorhanden war, nicht nur nach §. 557 des St.G.B., sondern auch nach dem zur Zeit der That noch in Geltung gewesenen Strafedict als das Verbrechen der Brandstiftung zu bestrafen ist;

In Erwägung, daß namentlich §. 66 des Strafedicts jede mit bösem Vorsatz verübte Feueranlage in einem bewohnten Gebäude oder in einer Hofraithe ausdrücklich mit der Strafe der Brandstiftung bedroht, ohne zu unterscheiden, ob der angezündete Gegenstand Eigenthum des Thäters war oder nicht, und ob dieser einen Angriff auf die Personen und das Eigenthum anderer oder nur einen Betrug gegen die Brandversicherungskasse bezweckte; daß der badische Gesetzgeber insbesondere in einem bald nach dem Strafedict erschienenen anderen Gesetze (§. II. 2 der Brandversicherungsordnung v. 1803, Reg.Bl. No. 19) mit klaren Worten seine Absicht ausgesprochen hat, daß er die Anzündung des eigenen Hauses zum Zwecke des Gewinns der Brandversicherungssumme als Brandstiftung im Sinne des §. 66 des St.E. bestraft wissen wollte;

In Erwägung, daß hiernach der eventuelle Antrag der Anklageschrift und folgeweise die darauf an die Geschworenen gerichtete Frage nach §. 91 Abs. 3 des Gesetzes v. 5. Febr. 1851 vergl. mit §. 246 Abs. 1 der St.P.O. auch zulässig war, weil damit keine andere Gattung und Art des Verbrechens und keine weitere Thatsachen, als die im Verweisungserkenntniß enthaltenen behauptet sind, und eben so wie in diesem die gleiche auf Anzündung des eigenen bewohnten Hammerwerks gerichtete strafbare Willensbestimmung des Angeklagten angenommen ist, wobei nur das im Verweisungserkenntniß noch weiter unterstellte, aus der Gefahr für Menschenleben abgeleitete Erschwerungsmoment fehlt und damit die That des Angeklagten sich nur als eine minder strafbare Brandstiftung darstellt, als das Verweisungserkenntniß angenommen hat;

In Erwägung, daß sonach auch die auf den Grund des Wahrspruchs der Geschworenen zur Frage II. erfolgte Verurtheilung des Angeklagten wegen Brandstiftung in die im Vergleich zu der Strafdrohung des §. 66 des St.E. bei weitem viel mildere Strafe des §. 557 des St.G.B. die

vom Angeklagten gegen das schwurgerichtliche Urtheil eingeführte Nichtigkeitsbeschwerde nicht zu begründen vermag.

A. d. G. ꝛc. ꝛc.

D. R.

II.

Zweiter Fall.

1) Der Schwurgerichtshof ist befugt, *von Amtswegen* über die in der Anklage enthaltenen Thatsachen *eventuelle Fragen* an die Geschworenen zu stellen. E.G. §. 91, Abs. 3, St.-P.O. §. 246, Abs. 1.

2) Wenn in der eventuellen Frage ein *die Schuld mildernder Umstand* aufgenommen wird, so ist dies keine über die Anklage hinausgehende und den Angeklagten *belastende* Thatsache. E.G. §. 96.

3) Den Geschworenen steht es frei, *eine Frage nur theilweise zu bejahen* und so eine gelindere Bestrafung des Angeklagten herbeizuführen. E.G. §. 99, Abs. 2.

Anton *Berger* von Höchreute wurde wegen Tödtung der Katharina *Kopp* von Glashütte in Untersuchung genommen und durch Verweisungserkenntniß der Anklagekammer des großh. Hofgerichts des Seekreises wegen *Mordes* in Anklagestand versetzt.

Das Verweisungserkenntniß lautete:

> Anton Berger sei unter Bezug auf §. 205 des Strafgesetzbuchs als Urheber des *Mords* in Anklagestand zu versetzen, unter der Anschuldigung, daß derselbe am 20. Mai 1852, Vormittags zwischen 7 und 8 Uhr die Katharina Kopp von Glashütte dadurch getödtet, daß er ihr mit einem abgebrochenen Heugabelstiel heftige Stöße auf den Kopf, besonders auf das rechte Auge versetzt, und daß er diese ihm zum *bestimmten Vorsatz* zuzurechnende Tödtung *mit Vorbedacht* verübt habe.

Hiermit übereinstimmend ging der Antrag der Anklage dahin:

> Den Angeklagten für schuldig zu erklären, daß er am 20. Mai 1852 zwischen 7 und 8 Uhr die Katharina Kopp von Glashütten dadurch getödtet, daß er ihr mit einem abgebrochenen Heugabelstiel heftige Stöße auf den Kopf, insbesondere in das rechte Auge versetzt, und daß er diese ihm zum *bestimmten Vorsatze* zuzurechnende Tödtung *mit Vorbedacht* verübt habe.

Nachdem der Präsident des Schwurgerichtshofs die Verhandlungen geschlossen und seinen Schlußvortrag gehalten hatte, ohne daß von Seiten des Staatsanwalts früher oder später ein abändernder oder eventueller Antrag gestellt worden war, richtete der Schwurgerichtshof folgende Fragen an die Geschworenen:

1) Ist der Angeklagte schuldig, am 20. Mai 1852 der Katharina Kopp *mit dem bestimmten Vorsatze sie zu tödten*, mehrere Kopfverletzungen beigebracht zu haben, welche den Tod derselben bewirkten?

2) Hat der Angeklagte die Handlung mit Vorbedacht verübt?

Nach Verkündigung dieser Frage beantragte aber der Staatsanwalt die Stellung einer weiteren Frage auf Todtschlag, da im Falle der Bejahung der ersten und der Verneinung der zweiten Frage keine Entscheidung darüber vorliege, ob eine Tödtung *im Affekt* anzunehmen sei.

Der Staatsanwalt wollte den Antrag der Anklage eventuell auch auf Todtschlag gerichtet angesehen haben, was übrigens sich von selbst verstehe, da in dem Mehr auch das Weniger enthalten sei.

Von Seiten des Vertheidigers wurde hiegegen Einsprache erhoben, weil sowohl das Verweisungserkenntniß der Anklagekammer, als auch der Antrag der Anklage nur auf Mord gerichtet sei und deßhalb die Fragestellung sich auch nur auf dieses Verbrechen erstrecken dürfe.

Diese Einsprache wurde vom Schwurgerichtshof verworfen und dabei bemerkt, daß man schon bei der ersten Fragestellung von der Ansicht ausgegangen sei, daß die Bejahung der ersten und die Verneinung der zweiten Frage die Annahme einer Tödtung im Affekt involvire. Zugleich wurden nunmehr folgende Fragen gestellt:

1) Ist der Angeklagte Anton Berger von Höchreute schuldig, am 20. Mai 1852 der Katharina Kopp

mit dem bestimmten Vorsatz sie zu tödten und mit Vorbedacht mehrere Kopfverletzungen beigebracht zu haben, welche den Tod derselben bewirkten?

Im Falle der Verneinung dieser Frage:

2) Ist der Angeklagte Berger von Höchreute schuldig, am 20. Mai 1852 der Katharina Kopp mit dem bestimmten Vorsatze sie zu tödten, im Affekt mehrere Kopfverletzungen beigebracht zu haben, welche den Tod derselben bewirkten?

Von diesen Fragen wurde die erste verneint, die zweite bejaht, worauf der Schwurgerichtshof folgendes Erkenntniß erließ:

Nach Ansicht des Wahrspruchs der Geschworenen, in Betracht, daß der Angeklagte ohne irgend eine bekannte Veranlassung von Seiten der Getödteten aus einem von ihm unaufgeklärt gelassenen Beweggrunde den Entschluß zur That gefaßt und sie in einer, große Festigkeit des verbrecherischen Willens beurkundenden, Weise und mit Grausamkeit vollbracht hat, in Anwendung des §. 209 und §. 151, Ziff. 2 und 3 des St.G.B. und §. 351 der St.P.O. wird zu Recht

erkannt:

Anton Berger von Höchreute, Gemeinde Illwangen, sei des an der Katharina Kopp von Glashütte verübten Todtschlags für schuldig zu erklären und deßhalb zu einer Zuchthausstrafe von fünfzehn Jahren, wovon neun Jahre in Einzelhaft von sechs Jahren vollzogen werden können, sowie in die Kosten des Strafprozesses und der Urtheilsvollstreckung zu verurtheilen.

Dieses Erkenntniß, beziehungsweise das demselben vorangegangene Verfahren ward von dem Angeklagten als nichtig angefochten, weil der Schwurgerichtshof von dem Verweisungserkenntniß der Anklagekammer und von der Anklage des Staatsanwalts abgehend eine zweite auf Todtschlag gerichtete Frage an die Geschworenen gestellt habe.

Zur Rechtfertigung dieser Beschwerde wurde vorgetragen: Der Staatsanwalt habe einen eventuellen Antrag nach geschlossener Verhandlung und somit verspätet eingebracht. Der Staatsanwalt behauptet zwar, der Antrag auf Todtschlag sei in dem Antrag auf Mord enthalten, weil das Minus als in dem Majus enthalten angesehen werden müsse. Allein diese Behauptung sei nur theilweise richtig, gerade in dem entscheidenden Punkt aber unrichtig. Allerdings sei der Mord die strafbarste und der Todtschlag die minder strafbare Art des Verbrechens der Tödtung; allein beide unterscheiden sich dadurch, daß zum Mord die Tödtung mit Vorbedacht, zum Todtschlag dagegen die Tödtung im Affekt und damit ein bestimmtes, positives Moment erfordert werde, welches nicht zum Mord gehöre. In der Anklage sei aber nicht nur von dem Erforderniß des Affektes nicht die Rede, sondern es würden auch gar keine Thatsachen angeführt, aus welchen auf eine im Affekt begangene That geschlossen werden könne.

Auch die Frage, ob der Schwurgerichtshof berechtigt gewesen sei, die eventuelle Frage auf Todtschlag zu stellen, müsse verneint werden. Der §. 91 des Gesetzes vom 5. Februar 1851 verweise hinsichtlich der Fragestellung auf §. 246, Abs. 1 der Strafprozeßordnung, welcher geradezu untersage, den zu stellenden Fragen andere Thatsachen zum Grunde zu legen, als solche, welche dem Angeklagten in dem Erkenntniß der Anklagekammer oder in der Anklage des Staatsanwalts zur Last gelegt seien; die Annahme einer im Affekt verübten That beruhe aber auf einer anderen Thatsache, als die Anschuldigung der nemlichen That mit Vorbedacht. Hiergegen könne man sich nicht auf den Beisatz, daß „also auch keine strafbarere Willensbestimmung" zum Grunde gelegt werden dürfe, berufen. Denn durch diesen Beisatz habe der Gesetzgeber nicht sein hinchtlich aller Thatsachen vorangeschicktes Verbot aufheben oder beschränken wollen, vielmehr sei durch den Beisatz nur eine Schlußfolge aus jenem Verbot ausgesprochen worden. Im §. 246 sei nicht gesagt: Die Zugrundlegung jeder ebenso strafbaren oder jeder minder strafbaren Willensbestimmung sei erlaubt, die Thatsachen, aus welchen solche Willensbestimmung folgt, oder welche dieselbe ausmachen, mögen sein welche sie wollen, — sondern die ganze Bestimmung des §. 246, Abs. 1 sei so aufzufassen und zu verstehen: Unbedingt dürfen der Fragestellung keine anderen Thatsachen zum Grunde gelegt werden, und weil keine anderen Thatsachen zum Grunde gelegt werden dürfen, ist auch das Zurückgehen auf eine strafbarere Willensbestimmung nicht zulässig.

Die Richtigkeit dieser Auslegung ergebe sich auch aus der Geschichte des §. 246. Der diesem §en entsprechende §. 227 des Entwurfs habe gelautet:

„Das Gericht, welches in erster Instanz zu urtheilen hat, ist hierbei durch die Anträge des Staatsanwalts in keiner Weise beschränkt; ebenso wenig durch die Bezeichnung des Verbrechens und des an-

zuwendenden Gesetzes, welches die Vorladung oder die Anklageschrift enthält."

Zu diesem §en habe die Mehrheit der Commission den Zusatz vorgeschlagen:

„Hält jedoch das Gericht die Thatsachen, soweit es sie als erwiesen annimmt, für ein anderes Verbrechen, als für dasjenige, welches in der Anklage enthalten ist" u. s. w. (wie am Schluß des §. 246.)

Die Minorität der Commission dagegen habe streng an dem Anklageprinzip festhalten wollen und habe deßhalb den Strich des ganzen §en beantragt. Bei der Berathung in der Kammer habe sodann ein Mitglied der Commission (der Abgeordnete Bekk) folgende Fassung vorgeschlagen:

Das Gericht kann seinem Urtheil keine anderen Thatsachen zu Grunde legen, als solche, welche dem Angeschuldigten in dem, die Schlußverhandlung anordnenden oder die Versetzung in den Anklagestand aussprechenden Beschlusse oder in der Anklage des Staatsanwalts zur Last gelegt sind; in Beziehung auf die Bezeichnung des in jenen Thatsachen liegenden Verbrechens oder des darauf anzuwendenden Gesetzes ist dagegen das Gericht der ersten Instanz ebenso wenig an die Anträge des Staatsanwalts gebunden, als an den Beschluß, der die Schlußverhandlung anordnete, oder die Versetzung in den Anklagestand aussprach. Hält jedoch dasselbe jene Thatsachen u. s. w. (nach dem Commissionsantrag.)

Dieser Vorschlag sei nach kurzer Berathung an die Commission zurückgewiesen worden, worauf diese in einer späteren Sitzung folgende Fassung einbrachte:

Das Gericht kann seinem Urtheil keine andere Thatsache, also auch keine andere Willensbestimmung des Angeschuldigten zu Grunde legen, als solche, welche dem Letzteren in dem die Schlußverhandlung anordnenden oder die Versetzung in den Anklagestand aussprechenden Beschlusse oder in der Anklage des Staatsanwalts zur Last gelegt sind.

Gegen diese Fassung seien bei der Discussion einige Bedenken geäußert worden, insbesondere daß darnach eine Verurtheilung wegen eines dolosen Vergehens zulässig erscheine, selbst wenn der Angeklagte nur eines culposen Vergehens beschuldigt gewesen, weil dem Richter die Bezeichnung des Vergehens frei gegeben sei. Hierauf habe aber der Berichterstatter Bekk erwidert:

Diese Bezeichnung des Vergehens wäre ja aber auf eine Thatsache gegründet, die dem Angeschuldigten von dem Staatsanwalt nicht zur Last gelegt ist, indem der Staatsanwalt nicht gesagt hat, der Angeschuldigte habe diese That mit Vorsatz verübt. Deßhalb haben wir, um jeden Zweifel zu beseitigen, im Vordersatz gesagt, der Richter sei nicht nur unbedingt an die angeschuldigten Thatsachen, sondern namentlich auch an die der Anklage zu Grunde gelegte Absicht gebunden. Es darf keine andere Absicht angenommen werden, als diejenige, die dem Verbrecher zur Last gelegt ist. Diese Absicht ist auch eine Thatsache; allein weil man dies möglicher Weise zweifelhaft finden könnte, haben wir ausdrücklich beigefügt, daß in Beziehung auf diese Absicht das Gericht an diesen Antrag gebunden sei.

Auf den weitern Einwurf: „es könne gerade aus der Bezeichnung der Willensbestimmung neben der Thatsache eine Beschränkung folgen" habe Bekk entgegnet:

Es war lange in der Commission davon die Rede, ob man nicht sagen könnte: „Thatsache oder Willensbestimmung;" allein es wurde mit Recht dagegen erwidert, die Willensbestimmung sei auch eine Thatsache, und es würde also der Ausdruck „Thatsache" eine falsche Bedeutung erhalten, wenn man die Willensbestimmung daneben setzte. Um diesen Mißstand zu vermeiden, hat man gesagt: „keine andere Thatsache, also auch keine andere Willensbestimmung," womit angedeutet ist, daß diese letztere auch als eine Thatsache betrachtet werde.

Ein anderes Mitglied der Commission (Sander) bemerkte:

Durch die gewählte Fassung wird die Willensbestimmung als die Schlußfolge aus der Thatsache bezeichnet; denn dies liegt in dem Wort „also" und es wäre daher besser, dieses Wort mit dem Worte „mit" zu vertauschen.

Trefurt hielt das Wort „insbesondere" noch für angemessener.

Bekk habe aber beiden geantwortet:

Man kann nicht sagen, daß diese Willensbestimmung das Vorzugsweise sei, und wenn man dage-

gen sage, „mit der Willensbestimmung," so könnte man daraus folgern, die Willensbestimmung sei keine Thatsache.

Nach dieser Discussion sei der Commissionsantrag angenommen und in der ersten Kammer seien auf Antrag der Commission die Worte „keine andere" durch die Worte „keine strafbarere Willensbestimmung" ersetzt worden, ohne daß der Bericht der Commission oder die Discussion darüber Aufschluß gebe, weßhalb diese Aenderung später von der zweiten Kammer nur als eine Redactionsänderung betrachtet und angenommen worden sei. (Vrgl. Verhandlungen der Ständekammer von 1843/44 II. Kammer, 9. Beilagenheft S. 75. 348, 11. Beilagenheft S. 43 u. ff., 4. Protokollheft S. 262 u. ff., S. 326 u. ff., I. Kammer 3. Beilagenheft S. 204. 205, 3. Protocollheft S. 214, II. Kammer 10. Protocollheft S. 228 u. ff.)

Könnte hiernach über die Auslegung des §. 246 der Strafprozeßordnung noch irgend ein Zweifel obwalten, so müßte der Zweifel zu Gunsten des Angeklagten entschieden werden, weil der §. 246 als von dem, unserer Strafgesetzgebung zum Grunde liegenden Anklageprincip abweichend streng auszulegen, und weil sonst das Recht des Angeklagten auf vollständige Vertheidigung gefährdet erscheine. Dieses Recht höre nämlich auf zu bestehen, wenn man dem Angeklagten zumuthen wolle, sich gegen Anklagepunkte zu vertheidigen, deren er nicht beschuldigt sei; was der Gesetzgeber im zweiten Absatz des §. 246 selbst anerkannt habe.

Zur Rechtfertigung des angefochtenen Erkenntnisses trug der großh. Staatsanwalt vor: Unserer Strafprozeßordnung liege nicht der strikte, sondern der laxe Anklageprozeß zum Grunde. Danach seien eventuelle Fragen, wie die hier gestellte, unbedingt gestattet: dies sei sogar in anderer Weise in England, unter der Herrschaft des strikten Anklageprozesses der Fall, wo die Geschworenen berechtigt seien, ein Verdikt auf Todtschlag zu geben, wenn nach ihrer Ueberzeugung der Mord, welcher allein Gegenstand der Anklage, nicht bewiesen werden konnte. Der §. 246 der Strafproceßordnung sei das Resultat eines Kampfes zwischen den Anhängern des laxeren und strikten Anklageprozesses, bei welchem die ersteren gesiegt hätten. Auch in Frankreich, dessen Gesetzgebung unsere Strafprozeßordnung nachgebildet worden, habe der Cassationshof entschieden, daß eine eventuelle Frage wegen fahrlässiger Tödtung gestellt werden dürfe, obgleich die Anklage nur auf Kindesmord gerichtet gewesen; und nach allen Gesetzen in den verschiedenen deutschen Staaten, welche ausdrückliche Bestimmungen über den in Frage befangenen Punkt enthalten, sei die eventuelle Fragestellung auch über die Anklage hinaus bei verschiedenen Abstufungen des nemlichen Verbrechens erlaubt. Mord und Todtschlag seien aber nur Abstufungen des nemlichen Verbrechens der Tödtung. In der Anklage seien auch Thatsachen genug angeführt, aus welchen sich auf Verübung der That im Affekt wie mit Vorbedacht schließen lasse, und darüber zu entscheiden, sei Sache des Verdikts der Geschworenen gewesen. Zwar sei die Eintheilung der verschiedenen Arten der Tödtung nach unserem Strafgesetz nicht ganz erschöpfend, indem es auch ein Verbrechen der vorsätzlichen Tödtung ohne Vorbedacht und ohne Affekt gebe, welches nicht straflos bleiben könne, und welches nach dem Commissionsbericht der II. Kammer zu Tit. X. (S. 6) allemal anzunehmen sei, wenn der Beweis der vorsätzlichen Tödtung ohne Vorbedacht und ohne Affekt vorliege. Hiernach und nach dem klaren Ausspruch des §. 246 der Strafprozeßordnung Abs. 1 sei aber der Schwurgerichtshof zur Stellung seiner eventuellen Frage sogar verpflichtet gewesen; dieß habe auch, da die Kenntniß der Gesetze vorausgesetzt werde, der Angeklagte oder doch sein Vertheidiger wissen müssen, und es sei ihre Sache gewesen, die Vertheidigung auch auf die eventuell denkbare Willensbestimmung auszudehnen, was übrigens nach der schriftlichen Vernehmlassung des Staatsanwalts zu Constanz auch geschehen sei.

Hierauf entgegnete der Anwalt des Angeklagten:

Nicht zwischen striktem und laxem Anklageprozeß, sondern zwichen dem Princip des Anklageprozesses und dem des Untersuchungsprozesses müsse unterschieden werden, da unserer neueren Gesetzgebung der erstere zum Grund liege, wenn auch mit Modificationen, wo durch die Zweckmäßigkeit ein Abgehen von dem strengen Grundsatz geboten gewesen sei. Welches Resultat der Streit zwischen den Anhängern des Anklageprincips und zwischen den Vertretern des Untersuchungsprozesses gehabt, ergebe sich aus den Worten des §. 246, besonders wenn man denselben mit dem Vorschlag im Entwurf vergleiche und mit den Kammerverhandlungen. Darnach seien allerdings eventuelle Fragen zulässig, aber sie dürften nur den in der Anklage, sowohl hinsichtlich der That als hinsichtlich der Willensbestimmung, angeführten Thatsachen entnommen werden. Dieß werde auch wohl in England der Fall sein, wo die Geschworenen sicherlich kein Ver-

dikt auf Todtschlag abgeben würden, wenn dasselbe nicht durch die Thatsachen der Anklage gerechtfertigt erscheine und so werde sich auch die Entscheidung des französischen Cassationshofs erklären. Für uns genüge aber, daß in der Anklage die Thatsache der Tödtung im Affekt gar nicht behauptet sei. Andere Abstufungen des Verbrechens der Tödtung als wie Mord, Todtschlag und fahrlässige Tödtung kenne unser Gesetz nicht, und nach bekannten Grundsätzen könne nicht durch Interpretation eine weitere Abstufung des erwähnten Verbrechens gefunden werden. Auch die minder strafbare Willensbestimmung des §. 246 dürfe nicht auf andern Thatsachen beruhen, als welche dem Angeklagten in dem Verweisungserkenntniß oder in der Anklage zur Last gelegt seien. Durch die Behauptung, die Vertheidigung müsse auch auf eventuelle Anklagepunkte verbreitet sein, für welche es der Anklage an den Thatsachen gebreche, werde aber die Vertheidigung auf den Standpunkt des Untersuchungsprozesses zurückgeführt und für die Vertheidigung der Anklageprozeß geradezu wieder aufgehoben.

Nach diesen Verhandlungen verwarf das großh. Oberhofgericht den Nichtigkeitsrekurs des Angeklagten aus folgenden Gründen:

In Erwägung, daß das gegen A. Berger erlassene schwurgerichtliche Erkenntniß deßhalb als nichtig angefochten wird, weil der Schwurgerichtshof nicht berechtigt gewesen sei, die eventuelle auf Tödtung im Affekt gerichtete und von den Geschworenen bejahte Frage an diese zu stellen, vielmehr die Fragestellung auf Tödtung mit Vorbedacht, worauf allein die Anklage gelautet, hätte beschränkt bleiben müssen;

In Erwägung jedoch, daß nach den hier maßgebenden §§. 91 des E.G. und §. 246 der St.P.O. dem Schwurgerichtshofe nicht verboten, sondern ausdrücklich erlaubt ist, von Amtswegen eventuelle Fragen zu stellen, sofern diese nur keine andere Thatsachen zum Gegenstand haben, als dem Angeklagten in der Anklage zur Last gelegt sind;

In Erwägung, daß der Schwurgerichtshof, indem er bei der eventuellen Frage die e r s c h w e r e n d e Thatsache des Vorbedachts hinwegließ und den die Schuld m i l d e r n d e n Umstand des Affekts in dieselbe aufnahm, offenbar keine andere, den Angeklagten b e l a s t e n d e Thatsache, als welche in der Anklage enthalten, in die Fragestellung aufgenommen hat;

In Erwägung, daß hiernach irgend ein Gesetz um so weniger verletzt ist, als es selbst beim Abmangel einer eventuellen Frage den Geschworenen nach §. 99 des E.G. freigestanden hätte, die auf Mord gerichtete Frage nur theilweise, so namentlich mit Verneinung des Vorbedachts, zu bejahen.

S o i r o n.

Magazin
für
badische Rechtspflege und Verwaltung
unter Mitwirkung
anderer badischen Rechtsgelehrten und Praktiker
herausgegeben
von
Oberhofgerichtsrath Dr. J. Zentner, Professor Dr. A. Renaud und Regierungsassessor L. Turban.

Von dieser bei Tobias L ö f f l e r in Mannheim verlegten Zeitschrift ist kürzlich das erste Heft erschienen, welches Monographien von Z e n t n e r, K e t t e n a c k e r, T u r b a n, H a a g e r, S t e m p f, S e l b und andere Aufsätze enthält, deren Verfasser nicht genannt sind.

Aus der Feder von R e n a u d kommt darin nichts vor. Die meisten Erörterungen gehören dem Rechtsgebiete an.

Das II. und III. Heft soll jedenfalls noch im Laufe d. J. erscheinen.

Berichtigungen.

In Nr. 21 S. 161 Z. 1 von oben ist „Quartalsitzung" statt „Schwurgerichtssitzung" zu lesen.

In Nr. 22 S. 169 in der ersten Zeile des zweiten Absatzes am Anfang des Blattes ist zu lesen: die „e n g b e m e s s e n e n" statt die „a n g e m e s s e n e n."

Redacteur: Oberhofgerichtsrath B a y e r. Verlag von J. B e n s h e i m e r in Mannheim. Druck von C. S c h m e l z e r in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXI. | No. 24. | Mannheim, 10. Juni 1854.

I.

Bruchsal, den 9. Mai 1854.

Das großh. bad. Hofgericht des Mittelrheinkreises.

Civil-No. 2639. Plenum. Da aus einem Aufsatze in den oberhofgerichtlichen Jahrbüchern Band XIII. Seite 96 rc. zu ersehen ist, daß das großherzogliche Oberhofgericht in jüngster Zeit einer von dem großherzoglichen Hofgericht des Oberrheinkreises ausgehenden von der bisherigen Praxis abweichenden Auslegung des L.R.S. 1521a. beigetreten ist, welche dahin geht, daß die Ehefrau auch in Fällen der blosen Errungenschaftsgemeinschaft sich der Gemeinschaft mit voller Wirkung *den Gläubigern gegenüber* entschlagen könne, so hat man in voller Versammlung des diesseitigen Gerichtshofes berathen, ob diese Auslegung des L.R.S. 1521a. als richtig anzuerkennen und ihr sich anzuschließen sei.

Das Ergebniß der Berathung besteht in folgendem:

Nach Satz 1494 wird die auf die Gemeinschaft verzichtende Frau nicht nur dem Manne, sondern auch den Gläubigern gegenüber von dem Beitrage zu den Schulden frei, und obgleich der S. 1494 nur in der Abtheilung über die *gesetzliche* Güter-Gemeinschaft (S. 1400 bis 1496) vorkommt, so muß er nach franz. Recht in Gemäßheit des S. 1528 dennoch auch auf die *bedungenen* Gütergemeinschaften (S. 1497 bis 1528) angewendet werden.

Daher enthält die Bestimmung des S. 1524 Abs. 3 nur eine *Anwendung* dieses allgemeinen Grundsatzes über die Wirkungen der Entschlagung auf den Fall eines Bauschgedings, wo der Ehefrau für ihr Recht an der Gemeinschaft eine bestimmte Summe zugewiesen wird.

In Beziehung auf den letzteren Fall enthält auch das badische Recht keine Aenderung des Urtextes, wohl aber liegt eine solche Aenderung im Zusatz 1514a. *in soweit*, daß die Verliegenschaftung der von der Ehefrau beigebrachten Fahrnisse zwar gegenüber dem *Mann* volle Wirksamkeit hat, die Frau also dieselben bei der Gemeinschaftstheilung zurückziehen und sich der Gemeinschaft gleichwohl entschlagen kann, daß dieß aber gegenüber den *Gemeinschaftsgläubigern* nicht stattfinde, so daß die Ehefrau, wo die Befriedigung der Letzteren es nöthig macht, die *gesetzlich zur Gemeinschaft* gehörigen, im Ehevertrag aber *verliegenschafteten*, d. h. von der Gemeinschaft *ausgeschlossenen* Fahrnisse, zur Tilgung der Gemeinschaftsschulden zurück lassen muß, während sie dieselben nach franz. Recht im Falle der Entschlagung schuldenfrei zurückziehen kann.

Eine ähnliche nur noch weiter gehende Abweichung enthält (nach der bisherigen Auslegung) der Satz 1521a. bezüglich auf die blose *Errungenschaftsgemeinschaft*, insofern derselbe sagt, daß die Frau sich nicht frei machen (d. h. nicht entschlagen) könne, ihren Antheil an den Gemeinschaftsschulden, so weit er aus der Errungenschaft nicht bezahlt werden könne, den Gläubigern aus dem „rücknehmenden Einbringen" (ohne Unterscheidung zwischen Liegenschaften und Fahrnissen) zu bezahlen.

Ob *Brauer* diese Bestimmung wegen irriger Auffassung des franz. Rechts oder wegen was' immer für einer andern Anschauungsweise in das Gesetz aufnahm, ist gleichgiltig, wenn die aufgenommene Bestimmung nur in das Gesetz kam und den bezeichneten Sinn wirklich hat.

Die neue Auslegung geht nun dahin, daß der Satz 1521a. nur eine Anwendung der Bestimmung des Satzes 1521, wornach *kein anderes* Verhältniß der Theilnahme an den *Schulden*, als jenes der Theilnahme am Gemeinschafts*vermögen* bedungen werden kann; auf den Fall der *Errungenschafts*gemeinschaft

enthalte, den Fall der Gemeinschafts-Entschlagung aber nicht berühre, die Entschlagung vielmehr mit allen Wirkungen des Satzes 1494 der Frau auch hier vorbehalten bleibe.

Obgleich nun der Satz 1521 a., wenn er nur diesen Sinn hätte, etwas Ueberflüssiges enthielte, indem die Vorschriften über ungleiche Theile an der Gütergemeinschaft (S. 1520 bis 1521) ohnehin für alle Gemeinschafts-Arten gelten, so könnte man hierüber in Rücksicht auf die consequente Aufrechthaltung der Grundsätze des franz. Rechtes noch hinweg sehen, wenn die Auslegung mit dem Wortlaute vereinbar wäre.

Die Stellung des Zusatzes hinter dem Satz 1521 spricht für die neue Auslegung, und ebenso der Umstand, daß er von beiden Ehegatten handelt, er also, soweit er von einem Freimachen oder Entschlagen den Gläubigern gegenüber spricht, in Beziehung auf den Mann immerhin ebenfalls etwas Ueberflüssiges enthält.

Wäre nun nur gesagt: „auch wo blose Errungenschaftsgemeinschaft ist, kann kein Ehegatte sich frei machen, den Antheil der Schulden, den es ihn trifft, zu übernehmen", — so enthielte der Zusatz nichts als eine (überflüssige) Anwendung des Satzes 1521 auf den Fall der blosen Errungenschaftsgemeinschaft.

Aber das Eingangswort: „ja" — deutet schon an, daß der Gesetzgeber hier etwas weitergehendes verordnen wollte, als im vorhergehenden Satze, und dieser Eingang gibt dem folgenden Worte „auch" die Bedeutung von „sogar" oder von „überdieß". Das „auch„ bezieht sich nach seiner Stellung nicht auf den Fall der Errungenschaftsgemeinschaft, sondern auf das was nachfolgt, daher ist damit die vorausgehende Bestimmung des Satzes 1521 nicht auf den Errungenschaftsfall übertragen, sondern es ist für den Fall der Errungenschaftsgemeinschaft etwas weiteres zu der Vorschrift des Satzes 1521 hinzugefügt.

Noch wichtiger sind aber zwei andere Bestandtheile des Satzes, die in den oberhofgerichtlichen Jahrbüchern nicht berührt werden.

Einmal ist gesagt, es könne kein Ehegatte (also auch die Frau nicht) sich frei machen, „den Gläubigern zu zahlen," womit ausgedrückt ist, daß es sich hier nicht blos um das Verhältniß der Eheleute unter sich, sondern namentlich um jenes den Gläubigern gegenüber handle.

Hieße es, kein Ehegatte könne sich frei machen, den auf seinen Gemeinschaftantheil fallenden Schuldenantheil zu übernehmen, so bezöge sich dies nur auf das Verhältniß unter den Eheleuten, der Ehefrau bliebe aber ihr Recht, durch Entschlagung sich den Gläubigern gegenüber frei zu machen, ungeschmälert. Durch den gebrauchten Ausdruck ist ihr aber gerade den Gläubigern gegenüber dieses „Freimachen" abgesprochen.

Dazu kommt der Zwischensatz: „so weit er aus (der Schuldenantheil) aus dem errungenen Vermögen nicht bezahlt werden kann," — was hinsichtlich der Frau gerade den regelmäßigen Fall ihrer Entschlagung enthält. Regelmäßig und naturgemäß wird die Frau, da wo die Gemeinschaftsschulden das Gemeinschaftsvermögen übersteigen, sich der Gemeinschaft entschlagen, und wenn nun der Satz, indem er gerade von dem Falle eines solchen Uebersteigens der Schulden spricht, gleichwohl vorschreibt, daß jeder Ehegatte (also auch die Frau) den Schuldenantheil „den Gläubigern zu zahlen" habe, so hebt er damit das der Ehefrau bei andern Gemeinschaftsarten sonst zukommende Entschlagungsrecht gerade den Gläubigern gegenüber auf, wenn gleich dasselbe im Verhältniß der Ehegatten unter sich unberührt bleibt, wie eine ähnliche Unterscheidung auch im Satz 1514a. (hinsichtlich des Haftens mit den verliegenschafteten Fahrnissen) liegt.

Berücksichtigt man dabei noch die Autorität Brauers, so wird man annehmen müssen, daß dieß sicher die Absicht des Gesetzgebers sei.

Allerdings sind Brauers Erläuterungen keine authentischen, aber immerhin wiegt seine Autorität, wo es von ihm verfaßte Zusatzartikel betrifft, mehr als die Autorität aller unserer jetzigen Juristen. In Beziehung auf die von ihm verfaßten Zusätze ist nämlich Brauers Ansicht keineswegs nur der doktrinellen Auslegung anderer Rechtsgelehrten gleichzustellen, da in Brauers Ansicht eine rechtsgeschichtliche Quelle der Auslegung liegt.

Man erforscht ja die Diskusionen, um die Absicht des Gesetzgebers, den Sinn dessen, was aus den Diskusionen hervorging, zu ermitteln, und doch kann aus der Aeußerung eines Redners und selbst des Berichterstatters oder einer Commision die Absicht des ganzen Körpers, oder wenn zwei Kammern zusammenwirken, aus der bestimmten Ansicht der Einen jene der Andern oder der Regierung nie mit solcher Gewißheit ermittelt werden, wie hier,

wo Brauer Alles in sich vereinigte, und kein Werk vom Staatsoberhaupt einfach die Sanktion erhielt. Daher wird auf seine Auslegung, wenn er sagt, was er mit einem von ihm verfaßten Zusatze beabsichtigt habe, ein sehr großes Gewicht zu legen sein, es sei denn, daß klar vorliege, daß im Texte nicht das, was er wollte, sondern etwas Anderes ausgedrückt sei.

Man beruft sich aber gegenüber dem oben bezeichneten Wortlaute des Gesetzes und gegenüber der Brauerschen Erläuterung auf die materielle Gerechtigkeit der neuen Auslegungsart.

Abgesehen davon, daß der Richter nicht berufen ist, das gegebene Gesetz deßwegen, weil er etwas Anderes für besser hielte, zu berichtigen, möchte man auch von einer Verletzung des materiellen Rechts hier wohl nicht sprechen können.

Die ganze Frage, ob und wie weit die Frau als Theilhaberin der Gemeinschaft, an deren Vortheilen sie im günstigen Falle Theil nimmt, im ungünstigen Falle auch für die von der Gemeinschaft gemachten Schulden einzustehen habe? — ist eine rechtlich-politische. Sie kann nach Gründen der Räthlichkeit und Billigkeit vom Gesetzgeber so oder anders entschieden werden, ohne daß damit ein materielles Unrecht gethan wird, wenn die Betheiligten nur zum Voraus die Lage, in die sich freiwillig begeben, kennen.

Wollte man, obgleich in Tausenden von Fällen auf das Vorwärts- und Rückwärts-Hausen die Frau noch mehr als der Mann Einfluß übt, aus dem Grunde, weil der Mann nach gesetzlicher Vorschrift über die Gemeinschaft verfügt, ein materielles Unrecht gegen die Frau in ihrer Theilnahme an der Einbuße finden, so hätte die Gesetzgebung auch die Fahrnißgemeinschaft nicht als die gesetzliche Regel aufstellen dürfen, indem sie ja damit der Frau einen Theil ihres Einbringens gewissermaßen als Aversum für ihre Mitschuld entzieht.

Liegt hierin kein materielles Unrecht, so kann man ein solches auch in der weiteren Bestimmung nicht finden, daß die Frau da, wo sie gar keine Fahrnisse in die Gemeinschaft einwirft, sondern ihr ganzes Beibringen zurückzieht, statt jenes Aversums einen Theil der Schulden zu bezahlen habe.

Man kann dem Gesetze hierin etwa eine Verlassung der sonstigen Prinzipien, eine Inkonsequenz oder überhaupt etwas Ungeeignetes zur Last legen, aber in der Abweichung von einem für andere Fälle (ebenfalls willkührlich angenommenen) Prinzipe liegt, noch keine Verletzung der materiellen Gerechtigkeit.

Die Gesetzgebung mag übrigens eine Verbesserung eintreten lassen; aber so lange dies nicht geschehen ist, wird der Richter sich an das gegebene Gesetz zu halten haben.

Viel nachtheiliger für die materielle Gerechtigkeit ist der Wechsel der richterlichen Ansichten, ein Abgehen von einer langjährigen allgemeinen Praxis, im Vertrauen auf welche die Betheiligten ihre Rechte und Verbindlichkeiten bemessen haben.

In Erwägung dieser Gründe hat sich der Gerichtshof vereinbart, vorerst bei der bisherigen (Brauerschen) Auslegung des Satzes 1521 a., stehen zu bleiben und erst alsdann, wenn die Sache durch weitere Beleuchtung noch mehr aufgeklärt wird, oder der oberste Gerichtshof seine in zwei Fällen angenommene neue Auslegung des S. 1521a. konstant fest hält, im Interesse der Rechtseinheit (einer gleichförmigen Gesetzesanwendung) die Frage von neuem in allgemeine Berathung zu ziehen.

II.

Bruchsal den 9. Mai 1854.

Das großh. bad. Hofgericht des Mittelrheinkreises.

Civil-No. 2638. Plenum. In heutiger Plenarsitzung wurde berathen, ob die Weglassung des Abs. 2 vom §. 938 der alten P.O. im §. 903 der neuen P.O. die Wirkung habe, daß nun die Gläubiger, welche ihre Forderungen in der Gant des Schuldners nicht anmeldeten, oder damit ganz oder theilweise in Verlust geriethen, auf alles Vermögen, welches der Schuldner nach Erledigung der Gant wieder erwirbt, unbeschränkt eben so greifen können, wie wenn gar keine Vergantung stattgefunden hätte, oder wie wenn ihre Forderungen erst nach der Gant entstanden wären?

Obgleich der Commissionsbericht der 2. Kammer über den §. 938 der P.O. sich für die Bejahung dieser Frage auszusprechen scheint, so hat die Mehrheit des Gerichtshofes dennoch angenommen, daß damit die dießfallsige Absicht des Gesetzgebers (hinsichtlich aller 3 Faktoren)

noch keineswegs constatirt sei und das Gesetz selbst jedenfalls keine jener Absicht entsprechende Fassung erhalten habe.

Schon vor Einführung der P.O. vom Jahr 1831 habe man den L.R.S. 1270, wornach der Schuldner, „wenn er wieder zu Vermögen komme," den in der Gant nicht befriedigten Gläubigern Nachzahlung zu leisten habe, dem älteren gemeinen Rechte (über die melior fortuna) entsprechend, dahin ausgelegt, daß dem Gantschuldner nicht Alles, was er wieder erwirbt, von den unbefriedigten Gläubigern im Wege des Zugriffs jeweils sofort wieder weggenommen werden dürfe, sondern daß ihm Raum zur Erholung zu gestatten sei, und daß nur dann, wenn er wieder nach richterlichem Ermessen erhebliches Vermögen erworben, oder einen erheblichen laufenden Erwerb habe, die Nachzahlung in einer Weise gefordert werden könne, welche den Schuldner nicht alsbald wieder zu einer neuen Vergantung bringe.

Die P.O. vom Jahr 1831 sei nun im Absatz 2 des §. 938 hierin etwas weiter gegangen und habe den Schuldner gegen die Nachforderung in so weit geschützt, daß dadurch „der nöthige Unterhalt für ihn und seine Familie nicht geschmälert werden dürfe."

Diese Ausdehnung sei jetzt durch Streichung jenes Absatz 2 im neuen §. 903 beseitigt, aber die im Absatz 1 enthaltene Bedingung, daß der Schuldner nach der Gant „wieder zu Vermögen gelangt sein müsse," sei stehen geblieben, und es hätte dieser Bedingung nicht bedurft, wenn sie nur den Sinn haben sollte, daß der Schuldner überhaupt wieder ein Zugriffsobjekt erworben haben müsse, da ohne ein solches der Zugriff ja ohnehin keine Wirkung haben könnte.

Darnach gehe die Befreiung des Schuldners zwar nicht mehr so weit, daß durch die Nachzahlung der (immerhin relative) nöthige Unterhalt für ihn und seine Familie auch nicht einmal geschmälert werden dürfe, aber dennoch bleibe erforderlich, daß er nicht nur überhaupt ein Zugriffsobjekt, sondern so viel Vermögen erworben, oder so viel Verdienst habe, daß er davon, ohne von neuem vergantet werden zu müssen, zur Nachzahlung der in der Gant nicht befriedigten Gläubiger etwas abgeben könne. Nach diesem Grundsatze sei im einzelnen Falle zu bemessen, ob und für wie viel und in welchen Zielern der Nachforderung stattzugeben sei.

Die hiernach erheblichen Vermögens- und Erwerbsverhältnisse des Schuldners seien in der Klage oder sofern diese ohne Bezugnahme auf die stattgehabte Gant erhoben ist, auf diesfallsige Einwendung zur Begründung der auf die melior fortuna gebauten Replik von dem Kläger anzuführen und zu beweisen.

Insofern übrigens der Gläubiger nicht die Auferlegung der Zahlung innerhalb einer dem Schuldner erst anzuberaumenden Frist, sondern (zur Feststellung seiner Rechte) nur ein Erkenntniß über die Richtigkeit seiner Forderung verlange, finde die Klage nach §. 278 der P.O. ohne Rücksicht auf die gerade bestehenden Vermögensverhältnisse des Schuldners zu jeder Zeit unbeschränkt statt.

III.

Die Einrede der Simulation unterliegt nicht der kurzen Verjährung des L.R.S. 1167a. Jahrbücher, n. F. XIII. 40.

Der großh. Fiskus hatte gegen den wegen Theilnahme an dem hochverrätherischen Aufruhr des Jahres 1849 zum Schadensersatz verurtheilten L. S. Weil gerichtlichen Beschlag auf ein bei dessen Bruder R. Weil ausstehendes Guthaben von 2092 fl. erwirkt, welches ihm auf weiteres Anrufen an Zahlungsstatt zugewiesen ward. Da aber R. Weil sich weigerte, die Zahlung zu leisten, so wurde er vom großh. Fiskus darauf belangt. Zur Entkräftung dieses Anspruchs schützte Beklagter vor, daß sein Bruder längst befriedigt sei und producirte im Beweisverfahren eine Quittung vom 27. März 1849, die der Kläger für simulirt erklärte.

Dieser Beweiseinrede setzte der Beklagte die Replik der Verjährung des L.R.S. 1167a. entgegen, und zwar, auf den Grund der aktenmäßigen Thatsache, daß der großh. Fiskus schon Jahr und Tag vor Anstellung der Klage genaue Kenntniß von der fraglichen Quittung erlangt habe.

Das großh. Hofgericht hat aber der gedachten Replik ungeachtet dem Beklagten den ihm von der Gegenseite zugeschobenen Haupteid dahin auferlegt, daß die Quittung

vom 27. März 1849 nicht blos zum Schein rc. ausgestellt worden sei, wobei es auch in dritter Instanz verblieb, weil einerseits nicht die paulianische Klage des L.R.S. 1167 angestellt und anderseits die Beweiseinrede der Simulation an keine Frist gebunden, vielmehr so lange zulässig ist, als von der über das Scheingeschäft errichteten Urkunde noch Gebrauch gemacht werden kann.

D. R.

IV.

1) Auslegung einer Bürgschaftsurkunde. L.R.S. 1156 a.
2) Geltendmachung der Rechte des Schuldners. L.R.S. 1166.

Fiskus gegen Zollikofer.

Am 15. März 1845 war Spediteur A. Enderlin zu Constanz für einen gewissen H. C. Fügle, welcher als Ausländer wegen Defraudation verhaftet werden sollte, der großh. Zollkasse gegenüber bis zum Betrag von 2000 fl. als Bürge und Selbstschuldner eingestanden, um den Personalarrest des Defraudanten abzuwenden. Das Urtheil, welches die von Fügle an die Zollkasse zu zahlende Summe von mehr als 2000 fl. festsetzt, erfolgte erst am 15. Mai 1850. In der Zwischenzeit war Fügle mit Sack und Pack nach Amerika ausgewandert und Enderlin vermögenslos mit Tod abgegangen. Nun belangte der großh. Zollfiskus aus obiger Bürgschaft den Spediteur Zollikofer, welcher mit Enderlin bis zum Jahr 1848 in einer offenen Handelsgesellschaft gestanden und nach dem Austritt des letztern alle Aktiven und Passiven der Gesellschaft übernommen hatte, auf Zahlung jener 2000 fl., indem er verschiedene, der Urkunde vom 15. März 1845 theils vorhergegangene, theils nachgefolgte Thatsachen anführte, um darzuthun, daß, obgleich Enderlin die Bürgschaft nur auf eigenen Namen eingegangen, die Interessenten doch eine durch das Handlungshaus Zollikofer und Enderlin zu leistende Bürgschaft beabsichtigt hätten, wogegen sich der Beklagte auf H.R.S. 22 berief, nach welchem er für die fraglichen 2000 fl. nur dann haften würde, wenn Enderlin die Bürgschaftsurkunde mit dem Handlungsnamen unterzeichnet hätte. Dies gab der Kläger zwar zu, beharrte aber dabei, daß nach der Absicht der Betheiligten eine Verbindlichkeit der Gesellschaft eingegangen werden wollte.

Der oberste Gerichtshof nahm jedoch auf die für dieß Absicht angeführten Thatsachen keine Rücksicht, weil die Urkunde v. 15. März 1845 nur von Enderlin mit seinem eigenen Namen unterzeichnet, auch der Inhalt derselben klar und einer Auslegung nicht bedürftig sei. LRS. 1156 a.

Außerdem war von großh. Fiskus noch geltend gemacht worden, daß er nach L.R.S. 1166 als Gläubiger des A. Enderlin berechtigt sei, seinen Rückgriff auf Zollikofer zu nehmen.

Allein nebst dem, daß dieser Rückgriff nur die Hälfte der eingeklagten Forderung zum Gegenstand haben könnte, stellte sich der Klage die Betrachtung entgegen, daß Enderlin selbst nur befugt wäre, seinen ehemaligen Gesellschafter in's Mitleid zu ziehen, wenn er die Urkunde mit dem Handlungsnamen unterzeichnet und die fragl. 2000 fl. an die großh. Zollkasse wirklich bezahlt hätte. Der Rückgriff wurde aber gerade deßhalb auf Zollikofer genommen, weil Enderlin weder zahlte noch zahlen konnte.

Am 11. Mai l. J. erging das oberhofgerichtl. Urtheil, wodurch die Klage abgewiesen worden ist.

D. R.

V.

Meineid.

Der von einer Civilpartei wissentlich falsch geschworene Eid ist darum allein, weil ihn der in der Sache zuständige Richter außerhalb seines Bezirks abgenommen hat, nicht straflos.

St.G.B. §. 484 und 492.
P.O. §. 32 und 552.

Zufolge rechtskräftigen Urtheils des großh. Oberamts Heidelberg sollte S. Oppenheimer von Schriesheim in einer bürgerlichen Rechtssache einen zugeschobenen Eid schwören, weil er aber wegen Krankheit nicht vor Amt erscheinen konnte, so ließ er durch seinen Anwalt auf den Grund des §. 552 der P.O. den Antrag stellen, daß ihm durch den oberamtlichen Respicienten der Eid in seiner Wohnung zu Schriesheim abgenommen

werden möge, wogegen die andere Partei nichts zu erinnern hatte.

Der oberamtliche Respicient beschloß, diesem Antrage zu entsprechen, und setzte hievon das großh. Bezirksamt Ladenburg vorläufig in Kenntniß.

Am 22. Dezember 1853 fand die Eidesabnahme in der Wohnung des S. Oppenheimer statt, worauf sodann zu dessen Gunsten das Purificationserkenntniß erfolgt ist.

Nachdem die bürgerliche Rechtssache auf diese Weise endgültig erledigt war, gerieth S. Oppenheimer wegen Meineids in Untersuchung, welche zu dem Ergebniß führte, daß er durch Beschluß der großh. Anklagekammer vom 4. Mai l. J. vor das Schwurgericht verwiesen wurde.

Dieses Verweisungserkenntniß focht Oppenheimer unter Bezug auf §. 82 Abs. 3 des E.G. vom 5. Februar 1851 im Wege der Beschwerdeführung aus dem Grunde an, weil das Gesetz — (St.G.B. §. 492) — die That, welche den Gegenstand der Anklage bildet, nicht mit Strafe bedrohe, indem der Eid durch einen Beamten abgenommen worden sei, welcher im Bezirke des Amtes Ladenburg, selbst mit dessen Zustimmung, keine gültige Amtshandlung habe vornehmen können.

Dieser Grund hat insofern seine Richtigkeit, als dem Beamten von Heidelberg in dem Gebiete des Amtes Ladenburg keine Gerichtsbarkeit zusteht. Das letztere wäre daher ohne Zweifel auch berechtigt gewesen, der Eidesabnahme durch jenen Beamten entgegen zu treten. Allein diese aus dem öffentlichen Recht fließende Befugniß, von welcher das Amt Ladenburg selbst keinen Gebrauch gemacht hat, kann Oppenheimer nicht auf sich übertragen, um jetzt im Strafverfahren eine gerichtliche Handlung des Civilrichters als ungültig anzufechten, die im Einverständniß beider Theile durch den in der Sache selbst zuständigen Beamten unter Beobachtung der vorgeschriebenen Förmlichkeiten, wenn gleich in einem fremden Gerichtsbezirk, vorgenommen ward.

Jedenfalls steht so viel außer allem Zweifel, daß Oppenheimer, nachdem er den urtheilsmäßigen Eid ohne alle Verwahrung unweigerlich in die Hände des Heidelberger Beamten abgelegt hatte, diesen Akt im bürgerlichen Prozesse mit Erfolg ebensowenig hätte anfechten können, als derjenige, der sich auf die bei einem unzuständigen Gerichte gegen ihn angebrachte Klage, ohne die Einrede der Unzuständigkeit entgegen zu setzen, eingelassen hat, berechtigt wäre, das Verfahren wegen Mangels einer wesentlichen Voraussetzung seiner Rechtsbeständigkeit umzustoßen. Pr.O. §. 32.

Ist aber die Eidesabnahme nach den Vorschriften des bürgerlichen Prozesses als unanfechtbar und gültig zu betrachten, so muß sie auch der Strafrichter dafür anerkennen.

Ohnehin bezieht sich die Bestimmung im §. 492 des St.G.B., welche sagt:

„Wurde der Eid in gesetzlich ungültiger Weise abgenommen“

nach den Motiven nur auf die Beobachtung der in der Eidesordnung vorgeschriebenen Form (P.O. §. 553 u. 603 vergl. mit Annalen XIX. 368), an welcher der Beschwerdeführer nichts auszusetzen gefunden hat.

Der Angeklagte ist demzufolge nach §. 484 allerdings strafbar, wenn er wirklich den zugeschobenen Eid wissentlich falsch ausgeschworen haben sollte. Ob dies der Fall sei, darüber haben die Geschworenen zu entscheiden.

Durch oberhofgerichtliches Erkenntniß vom 26. Mai wurde die Beschwerde als unbegründet verworfen.

D. R.

VI.

Kurz gefaßte Entscheidungen des mittelrheinischen Hofgerichts.

1.

L.R.S. 690. 676—680

Der schon vor Einführung des Landrechts vorhanden gewesene und während 30 Jahren unter dessen Herrschaft fortdauernde Besitz von Aussichtfenstern auf Nachbars Gut, begründet nicht das Recht, daß der Nachbar diese Fenster nicht zubaue. Denn da das Landrecht nur die Anlegung, nicht die Fortexistenz von Fenstern, die den in den Sätzen 676 u. ff. enthaltenen Vorschriften nicht gemäß sind, verbietet, so stand dem Nachbar das Recht nicht zu, die Abänderung derselben zu begehren; der Besitz der Fenster kann daher nicht als eine Duldung des Nachbarn, die zu Erwerbung der Dienstbarkeit führt, angesehen werden.*)

Ziegler gegen Hirschmann.

*) Pardessus, traité des servitudes No. 312 und Note 4. — Annalen der bad. Gerichte V. S. 37 u. ff. VI. S. 167, insbeson-

here die Redaktionsnote. VII. S. 61 (Stabel). X. S. 61 u. ff. — Oberhofgerichtliche Jahrbücher II. Bd. S. 267 u. ff. und n. F. X. S. 58 u. ff. — Laukhart, Rechtsfälle II. S. 332 u. 345. V. S. 112. — Baurittel zu L.R.S. 670. 680. — Zachariä, 4. Auflage Bd. II. S. 244. Note 4 u. 14. — Brauer zu 680 a. I. S. 513.

2.

L.R.S. 203. 206. 207.

Wenn eine Frau, deren Schwiegervater und leibliche Mutter noch leben, in Dürftigkeit geräth und der Alimentation bedürftig wird, so ist die leibliche Mutter vor dem Schwiegervater alimentationspflichtig. Dies gebietet das Gesetz der Natur, und geht daraus hervor, daß sie nach 203 schon alimentationspflichtig war, ehe ihre Tochter geheirathet hat. S. 203.

Braunwarth gegen Schnabel.

3.

L.R.S. 2127 a.

Die Mitglieder des Pfandgerichts haften nicht für Auslassung solcher Verhältnisse in dem von ihnen auszustellenden Zeugnisse, welche zwar allerdings eine Beschränkung der Verfügungsgewalt des Schuldners über das zu verpfändende Gut enthalten, welche aber nicht in das Grundbuch eingetragen sind, selbst dann nicht, wenn diese Verhältnisse ortskundig sind, und daher den Mitgliedern des Pfandgerichts wohl bekannt sein müssen, wie z. B., daß die zu verpfändenden Aecker zu einem geschlossenen Hofgute gehören. Denn das Grundbuch und das Pfandbuch bezeichnet das Gesetz allein als Quellen, auf welche das Pfandgericht sein Zeugniß zu stützen hat.

Leser gegen Willstett.

4.

L.R.S. 1596, P.O. §. 1021, Verordnungsblatt 1848, S. 22.

Hohenhorst, Jahrbücher VII., S. 224, Annalen XVI., S. 95.

Die Vollstreckungsbeamte gehören zu den im L.R.S. 1596 genannten Personen, welchen es untersagt ist, die von ihnen versteigerten Güter zu kaufen, denn „sie sind Gewalthaber, denen der Verkauf der im Zwangsweg zu versteigernden Güter aufgetragen ist. Diesen Auftrag ertheilt ihnen das Gesetz, und in Anwendung des Gesetzes der Richter.“

Auch der Rathschreiber ist als ein solcher Vollstreckungsbeamter anzusehen, da er in Gemäßheit des §. 1 der Vollstreckungsordnung vom 29. März 1832 als Protokollführer mit dem Bürgermeister die Versteigerung zu leiten hatte.

Auch wenn der Bürgermeister, welcher bisher die Versteigerung leitete, die Fortführung des Geschäfts einem Gemeinderath übergibt und sich durch diesen einen Acker zuschlagen läßt, ist dieser Kauf nichtig, „denn dieses Gemeinderathsmitglied kann nur als Aftergewalthaber erscheinen, und die ganze Versteigerung ist gleichwohl als durch den Bürgermeister geleitet, anzusehen, zumal sie in einem Akte vor sich gegangen ist, und ein darum nicht zu trennendes Ganze bildet.“

Die aus dem L.R.S. 1596 fließende Nichtigkeit eines Versteigerungsaktes unterliegt nicht der vierwöchentlichen Klagenverjährung des §. 1021 P.O., denn „es handelt sich hier keineswegs um Fehler bei dem Versteigerungsverfahren oder dem Zuschlag, sondern um eine Nichtigkeit, die in der Person des Steigerers gelegen ist.“

J. S. Bord gegen Höpfinger.

Ottendorff.

VII.

Zur Lehre vom Dienstvertrage.

Wer zur Ausübung eines ihm zustehenden Rechtes fremder Dienste bedarf und hierzu eine Person lebenslänglich anstellt, kann nach (und wegen) Aufhebung jenes Rechtes diese nicht gegen ihren Willen entlassen: denn die Verbindlichkeit des Anstellers erlöscht nicht dadurch, daß sich die Umstände auf seiner Seite verändern L.R.S. 1234 a. und wenn man jene Aufhebung auch als einen Zufall oder eine höhere Gewalt ansehen kann, so ist es doch nur der bisherige Dienstherr, auf dessen Seite die Unmöglichkeit eingetreten ist, von den Leistungen des Dieners *) den beabsichtigten Gebrauch zu machen, und deßwegen kann er sich von der Gegenleistung nicht frei machen.

Der Dienstherr konnte und mußte vor der Anstellung erwägen, ob nicht etwa das Aufhören des Rechts, zu dessen Ausübung er den Anzustellenden verwenden wollte, in Aussicht stehe.

Nach Analogie der Dienerpragmatik in §. 1 (R.Bl. 1819

*) Per quem non stetit, quominus locatas operas solvat (praestet), l. 19. §. 9; l. 38. 39. D. locati 19. 2.

No. IV), welche bei dem Mangel gesetzlicher Bestimmungen über Anstellungsverträge als zulässig erscheinen muß, kann der Diener, nachdem der Gegenstand seiner Dienstleistung weggefallen ist, nun zu ähnlichen, ihn in seiner Stellung nicht herabsetzenden und seinen Kenntnissen entsprechenden Diensten verwendet werden. Deßwegen würde sein Eintritt in ein anderes dienstliches Verhältniß, welches eine solche und zwar ausschließliche Verwendung desselben unmöglich machte, seinen Anspruch auf die Gegenleistung des Dienstherrn aufheben. Als ein solches Dienstverhältniß ist aber nicht dasjenige anzusehen, welches der Diener auf Widerruf in so lange eingegangen hat, bis sein Dienstherr wieder Ansprüche auf seine Dienste machen werde, namentlich wenn dieser ihm die lebenslängliche Anstellung und seine daraus abgeleiteten Verpflichtungen bestritten, ihm die Möglichkeit, ihm zu dienen, genommen und ihn dadurch genöthigt hat, sich vorerst bis nach ausgetragener Sache einen anderweiten Erwerb zu suchen und zu verschaffen; wobei übrigens eine Verwahrung gegen die Unterstellung eines Verzichts auf die aus dem Dienstvertrag erworbenen Rechte und ein Anerbieten zur Dienstleistung auf Verlangen als Schutzmittel gegen jede etwa mögliche Mißdeutung immer sehr zweckmäßig sein wird.

Stf.

VIII.

Unterscheidung zwischen Diebstahl und Unterschlagung.

Annalen XVIII., S. 87. 140.

Der Diebstahl unterscheidet sich von der Unterschlagung dadurch, daß beim Diebstahl sich die Sache im Besitze eines Andern, bei der Unterschlagung aber im Besitze des Thäters befinden muß. Es kann daher auch kein Zweifel darüber entstehen, daß in allen den Fällen der widerrechtlichen Aneignung einer fremden Sache, wo zur Zeit der That der Berechtigte im Besitz der Sache war, auch keine Unterschlagung sondern nur ein Diebstahl angenommen werden kann. Man kann die Sache auch nicht unterschlagen, wenn man sich nicht im vollständigen Besitze derselben befindet, sondern man begeht alsdann durch die rechtswidrige Zueignung einen Diebstahl. Wenn daher ein Gast in einer Wirthschaft Geschirr (Teller, Löffel und dergleichen), welches ihm zum blosen Gebrauch vorgesetzt wird, entwendet, so ist dies wahrer Diebstahl, denn diese Gegenstände waren ihm nicht einmal anvertraut, so wenig als Sachen, die bei einem Hause aufgehängt werden, den Vorübergehenden anvertraut sind. Aus demselben Grunde ist es Diebstahl, wenn Arbeiter in dem Hause oder in der Fabrik des Arbeitgebers Stoffe, die sie verarbeiten sollen, entwenden; denn auch diese sind ihnen nicht anvertraut, sondern fortwährend in dem Gewahrsam des Arbeitgebers. Werden aber Stoffe den Arbeitern nach Hause gegeben, so ist die Entwendung nicht Diebstahl, sondern nur Unterschlagung.

Escher, die Lehre von dem strafbaren Betrug und von der Fälschung S. 278. 279.

Bohm, Commissionsbericht zum Tit. XXVIII., S. 16.

Nach dieser Ansicht wurde vom Hofgericht des Seekreises in folgendem Falle entschieden:

Anton Höger von B., Schustergeselle, hatte aus Auftrag seines Meisters bei mehreren Personen in Sentenhart, die das zu verarbeitende Leder selbst lieferten, in deren Häusern gearbeitet und sich von diesem Leder zugeeignet. Der Gerichtshof erklärte denselben deßhalb eines Diebstahls für schuldig. In den Entscheidungsgründen ist gesagt: „Diese Handlung enthält nicht eine Unterschlagung, sondern einen Diebstahl, da die Beschädigten, obgleich sie dem Angeschuldigten das Leder zur Verarbeitung in ihren Häusern überlassen hatten, damit doch Besitz und Gewahrsam desselben nicht aufgegeben hatten, somit eine Besitzergreifung von Seiten des Angeschuldigten stattgefunden hat.

Haager.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXI. **No. 25.** **Mannheim, 17. Juni 1854.**

I.

Bruchsal den 9. Mai 1854.

Das großh. bad. Hofgericht des Mittelrheinkreises.

Civil-No. 2538. Plenum.

Die Aufstellung von Einhändigungsgewalthabern und jene von gemeinschaftlichen Prozeßbevollmächtigten der Streitgenossen betreffend.

Man hat wiederholt wahrgenommen, daß Untergerichte die gesetzlichen Vorschriften über die Einhändigungsgewalthaber (P.O. §§. 261. 266. u. 271) häufig nicht genau beobachten und daß mitunter selbst der Unterschied zwischen einem Einhändigungsgewalthaber und einem für Streitgenossen aufgestellten gemeinschaftlichen Bevollmächtigten außer Acht gelassen wird.

Man sieht sich daher veranlaßt, die Bezirksämter in folgendem auf die gesetzlichen Bestimmungen aufmerksam zu machen und zwar zuerst hinsichtlich der

A. Einhändigungsgewalthaber.

Diese sind überall, wo auf der klägerischen oder beklagten Seite Streitgenossen vorhanden sind, aufzustellen, von Einzelparteien aber nur, wenn sie im Ausland wohnen.

Für die Gewalthaber beider Arten gilt

I. folgendes gemeinschaftlich:

1) Sie sind keine Prozeßbevollmächtigten der Partei, sie können für diese weder Erklärungen abgeben noch sonstige Prozeßverhandlungen vornehmen, sondern sie vertreten die Partei nur in Beziehung auf die Empfangnahme der Einhändigungen, welche gesetzlich der Parthie selbst zu machen sind (P.O. §. 261), oder in Beziehung auf die Anhörung der den Parthieen zu machenden mündlichen Eröffnungen (P.O. §. 345, Abs. 2).

Alles was ihnen zugestellt oder mündlich eröffnet ist, gilt ebenso, als wenn es der Parthie selbst zugestellt oder eröffnet wäre.

2) Solche Gewalthaber können von einer im Inland wohnenden Einzelpartie mit rechtlicher Wirkung nicht bestellt werden, da die nach dem Gesetze an die Parthie zu machenden Behändigungen oder Eröffnungen nach §. 345, Abs. 2 in Verbindung mit §. 365 und 611 der P.O. nur in den Fällen der §§. 266. 267 und 271, also nur beim Dasein von Streitgenossen, oder wenn eine Einzelpartei als Kläger oder Beklagter im Ausland wohnt, giltig an einen Gewalthaber geschehen kann, in andern Fällen aber an die Parthie selbst zu bewirken ist.

3) Die Bestellung eines Gewalthabers durch die Partei kann nach §. 268 der P.O. nur in einer öffentlichen Urkunde geschehen oder vor Gericht mündlich zu Protocoll.

4) Es genügt dabei nicht an der Erklärung der Partei, daß und wen sie als Gewalthaber bestelle, da das Gesetz (P.O. §§. 79. 127. 128. 132. 134. 141—143) diesen Ausdruck auch von dem Prozeßbevollmächtigten gebraucht. Es muß also in der öffentlichen Urkunde oder im gerichtlichen Protokoll, wo der Gewalthaber bestellt wird, ausdrücklich gesagt werden, daß er als Einhändigungsgewalthaber, beziehungsweise als Gewalthaber zum Empfang der gesetzlich an die Partie selbst zu machenden Einhändigungen und Eröffnungen bestellt werde.

5) Die Zustellung oder Eröffnung an den Einhändigungsgewalthaber enthebt das Gericht nicht, daneben noch die Verfügung oder das Erkenntniß auch dem die Partei vertretenden Bevollmächtigten oder Anwalte, sofern er nicht der Einhändigungsgewalthaber

selbst ist, zu eröffnen, wenn gleich die Fristen nur von dem Tage an laufen, an welchem die Zustellung oder Eröffnung an den Einhändigungsgewalthaber geschah.

6) Der von der Partei oder (bei Streitgenossen) vom Gericht zu bestellende Gewalthaber ist jedesmal, sobald er bestellt ist, mit Anführung der Seitenzahl, wo dies ersehen werden kann, auf der Aktendecke (pallium) zu bemerken.

II. Was die besonderen Vorschriften betrifft, je nachdem es sich um einen Gewalthaber für Streitgenossen, oder um einen solchen für eine im Ausland wohnende Partei handelt, so ist zu bemerken:

1) bei Streitgenossen:

a) die Streitgenossen haben nach §. 267 d. P.O. in ihrem ersten Vortrage einen gemeinschaftlichen Einhändigungsgewalthaber mit Vorlage der auf ihn lautenden öffentlichen Urkunde (§. 268) zu bestellen, oder, wenn der erste Vortrag ein mündlicher ist, denselben zu Protokoll zu benennen.

b) Eine Aufforderung der Streitgenossen zu dieser Bestellung ist nicht nöthig, und wenn die Bestellung nicht mit dem ersten (schriftlichen oder mündlichen) Vortrag geschieht, so hat der Richter einen Gewalthaber sogleich von Amtswegen aufzustellen und den Streitgenossen oder dem sie etwa vertretenden Anwalt oder Prozeßbevollmächtigten davon nur Nachricht zu geben.

c) Sind mehrere Beklagte als Streitgenossen belangt, so geschieht es mitunter, daß vorerst nur ein Theil derselben sich vernehmen ließ, oder überhaupt mündlich oder schriftlich etwas vortrug, während von einem oder mehreren Andern noch nichts einkam.

In diesem Falle kann, da der §. 267 die amtliche Bestellung eines Gewalthabers vom Einkommen eines Vortrags der Streitgenossen abhängig macht, ein solcher vorerst nur für diejenigen, von welchen ein Vortrag einkam, von Amtswegen bestellt werden, wogegen den Uebrigen die weiteren amtlichen Verfügungen und Versäumungserkenntnisse noch unmittelbar zugestellt werden müssen.

Kommt dann nachträglich auch von ihnen ein Vortrag ein, so wird der für die Andern bereits ernannte Gewalthaber auch für sie bestellt, und ihnen oder ihrem Vertreter davon Nachricht gegeben.

d) Bei Bestellung eines Gewalthabers für Streitgenossen ist nicht nöthig, daß derselbe am Gerichtssitze wohnt, doch muß er im Inlande wohnen. Es ist angemessen, daß das Gericht, wo es einen Gewalthaber von Amtswegen aufzustellen hat, denselben unter den (am meisten Betheiligten oder sonst geeignetsten) Streitgenossen wähle.

e) Die Streitgenossen können dem von dem Gericht ernannten Gewalthaber die Vollmacht nur unter der Voraussetzung abnehmen, daß sie gleichzeitig einen anderen Gewalthaber nach §. 268 in öffentlicher Urkunde, oder persönlich vor Gericht ernennen. So lange dieß nicht geschieht, gehen alle für die Partei bestimmten Einhändigungen oder Eröffnungen an den früher Ernannten, indem dieser seine Eigenschaft nach §. 269 für alle Instanzen beibehält.

Haben die Streitgenossen den Gewalthaber selbst bestellt, so wird, wenn sie demselben die Vollmacht abnehmen, ohne zugleich in gesetzlicher Form (§. 268) einen Andern zu ernennen, unverweilt ein solcher von Amtswegen aufgestellt, und den Streitgenossen oder ihrem Prozeßbevollmächtigten davon Nachricht gegeben.

Dasselbe geschieht, wenn der Gewalthaber aufkündet, ohne gleichzeitig die geschehene Bestellung eines Andern nachzuweisen.

f) Es ist nicht nöthig, daß dem Gewalthaber von den Erklärungen des Gegentheils oder von den gerichtlichen Beschlüssen oder Erkenntnissen so viele Ausfertigungen, als es Streitgenossen sind, zugestellt werden.

Wie nach §. 309 d. P.O. von dem Zeitpunkt an, wo die Streitgenossen einen gemeinschaftlichen Vertreter haben, diesem die Erklärungen des Gegentheils und die richterlichen Verfügungen nur einfach zugehen, ebenso können auch die der Partei selbst zu machenden Einhändigungen, in Beziehung auf welche der Gewalthaber die Partie vertritt, nur einfach an diesen Gewaltshaber gerichtet werden, da derselbe nach §. 345 Abs. 2 sogar die (mündliche) Urtheilsverkündung, ohne etwas schriftlich zu erhalten, für alle Streitgenossen giltig anhören kann. Ihm liegt dann ob, alle

Streitgenossen von dem, was ihm zuging oder eröffnet wurde, in Kenntniß zu setzen, und er kann auf deren Kosten zur Mittheilung an dieselben sich Abschriften geben lassen.

Immerhin laufen aber die Fristen von der Zustellung oder Eröffnung an den Gewalthaber an.

2) Was die im Ausland wohnenden Parteien betrifft, so ist zu bemerken:

a) Auch Inländer fallen unter die Bestimmungen der §§. 266. 270 und 271, d. P. O. wenn sie im Ausland wohnen, also im Inland keinen solchen Wohnsitz haben, an welchem nach den §§. 248 und 249 der P.O. die Zustellungen giltig geschehen können. Dagegen bleiben Ausländer davon befreit, wenn sie im Inland wohnen, da das Gesetz nicht auf die Staatsangehörigkeit, sondern nur auf den wirklichen Wohnsitz Rücksicht nimmt.

b) Ist ein im Ausland Wohnender der Streitgenosse eines oder mehrerer im Inland Wohnender, so kommen die obigen Vorschriften über den Fall der Streitgenossenschaft zur Anwendung, wornach auch für den im Ausland Wohnenden ein ihm und den Inländischen gemeinschaftlicher Gewalthaber, wenn die Streitgenossen ihn nicht ernennen, von Amtswegen aufgestellt wird.

c) Wenn aber auch im Falle der Streitgenossenschaft alle Streitgenossen im Ausland wohnen, so wird für sie kein Gewalthaber von Amtswegen bestellt, sondern es wird, wie da, wo der im Ausland Wohnende nur eine Einzelpartei ist, nach den §§. 261. 266. 270. 271 verfahren.

d) Die im Ausland wohnende Partei hat nämlich (ebenfalls nach §. 268 in öffentlicher Urkunde oder persönlich zum gerichtlichen Protokoll) einen Gewalthaber aufzustellen, und zwar nur einen solchen am Orte des Gerichts. (§§ 261. 266. 271.)

e) Ist sie Kläger und weist sie die Bestellung nicht mit der Klage schon nach, so wird nach §. 270 auf die Klage gar nicht verfügt, sondern dem Kläger nur erwiedert, daß er vorerst für den Empfang der an die Partei selbst zu machenden Zustellungen oder Eröffnungen am Orte des Gerichts einen Gewalthaber in öffentlicher Urkunde zu bestellen und nachzuweisen habe, widrigenfalls alle weitere Verfügungen oder Erkenntnisse mit der gleichen Wirkung, wie wenn sie ihm selbst zugestellt oder eröffnet wären, an der Gerichtstafel angeschlagen werden.

f) Verlangt der Kläger alsdann demohngeachtet ohne Bestellung eines Gewalthabers Verfügung auf die Klage, so hat diese zwar zu erfolgen, aber der vorausgegangenen Androhung gemäß sind nun alle gesetzlich an den Kläger selbst zu erlassenden Verfügungen oder Erkenntniße nur an die Gerichtstafel anzuschlagen.

g) Wohnt der Beklagte im Ausland, so ist nach §. 271 in der ersten auf die Klage erlassenen Verfügung die unter e) erwähnte Aufforderung an ihn zu richten, und zwar mit Bestimmung einer Frist, innerhalb welcher die Bestellung des Gewalthabers zu geschehen habe.

Nach Ablauf dieser Frist werden, wenn der Beklagte keinen Gewalthaber bestellte, die weiteren an ihn zu erlassenen Verfügungen, ohne Unterschied, ob er sich vernehmen ließ, oder ein Ungehorsamsverfahren gegen ihn eintritt nur an die Gerichtstafel angeschlagen.

h) Bei Klagaufforderungen (P.O. §§. 725 — 745) an eine im Ausland wohnende Partei wird ebenso verfahren, wie wenn diese als Aufgeforderte die Beklagte wäre. (g)

Namentlich ist bei der häufig vorkommenden im §. 737 Ziff. 1 erwähnten Aufforderung im Gantprozesse, wo nach §. 819 der P.O. bekannte im Ausland wohnende Gläubiger zur Liquidationstagfahrt vorgeladen werden, nicht zu versäumen, in der Vorladung zugleich die unter e) erwähnte Verfügung nach §. 261 Abs. 2 aufzunehmen, so daß dann, wenn die Bestellung eines Gewalthabers unterbleibt, der Präclusivbescheid oder bei eingekommenen Liquidationen das Ganturtheil, oder was sonst noch der Partei selbst zu eröffnen ist, ohne nochmalige weitläufige Insinuation einfach an die Gerichtstafel angeschlagen werden kann.

i) Wenn die im Ausland wohnende Partei dem von ihr ernannten Gewalthaber die Vollmacht wieder entzieht, so hat sie nach §. 141 der P.O. gleichzeitig die ordnungsmäßige Bestellung eines Andern nachzuweisen, sonst wird ebenso verfahren, als wenn

sie der nach §. 270 oder 271 gemachten Auflage, einen Gewalthaber zu bestellen, überhaupt nicht nachgekommen wäre, und die Partei oder ihr Prozeßbevollmächtigter wird einfach benachrichtigt, daß von nun an der Anschlag an der Gerichtstafel nach §. 261 Abs. 2 an die Stelle der Einhändigungen treten werde.

k) Kündigt der Gewalthaber auf (§. 140), so gibt das Gericht der Partei die Bestellung eines Andern unter der im §. 261 Abs. 2 erwähnten Bedrohung und mit Bestimmung einer kurzen Frist auf. Da jedoch durch eine solche Aufkündigung nach §. 140 der P.O. der Fortgang der Sache nicht aufgehalten werden darf, so hat der Aufkündigende seine Verrichtung als Einhändigungsgewalthaber so lang fortzusetzen, bis die Eröffnung an die Partei geschehen und die zur Aufstellung eines andern Gewalthabers anberaumte Frist abgelaufen ist, von welchem Zeitpunkte an sodann der Anschlag an die Stelle der Einhändigungen tritt.

l) Ueberall, wo an Eröffnungsstatt ein Anschlag erfolgt, ist derselbe nach §. 262 so lang, als die in der angeschlagenen Verfügung bestimmte Frist dauert, oder bei Urtheilen nach §. 346 vierzehn Tage lang an der Gerichtstafel zu belassen.

Daß dieß geschehen ist, hat der Gerichtsbote auf dem Anschlag selbst zu beurkunden, und der so beurkundete Anschlag ist als Eröffnungsschein zu den Acten zu nehmen.

B. Prozeßbevollmächtigte für Streitgenossen.

1) Die Streitgenossen haben mit Vorbehalt des im §. 96 der P.O. ihnen bewilligten gesonderten Vortrags besonderer Angriffs- oder Vertheidigungsmittel, und mit Ausnahme des Falles, wo beim mündlichen Verfahren der Rechtsstreit sogleich in der ersten Tagfahrt erledigt wird, nach §. 95 alle Prozeßhandlungen gemeinschaftlich vorzunehmen und zu diesem Behufe einen gemeinschaftlichen Bevollmächtigten zu bestellen.

2) Dieser Bevollmächtigte vertritt die Streitgenossen in gleicher Weise, wie der Anwalt einer Einzelpartei diese vertritt; aber wenn er nicht zugleich Einhändigungs-Gewalthaber der Streitgenossen ist, so sind die Urtheile (§. 345) und andere an die Partei selbst zu erlassende Verfügungen (z. B. §. 611) nicht nur ihm, sondern nach dem Obigen, zugleich dem von den Streitgenossen oder von Amtswegen bestellten Einhändigungs-Gewalthaber zuzustellen oder zu eröffnen, oder es müßte, wenn sämmtliche Streitgenossen im Ausland wohnen und keinen Gewalthaber bestellt haben, die Eröffnung durch Anschlag geschehen.

3) Wenn nun aber die Streitgenossen keinen gemeinschaftlichen Bevollmächtigten bestellen, so ist das Gericht nicht befugt, für sie einen solchen von Amtswegen aufzustellen, da der §. 95 ihm hiezu nicht ebenso das Recht gibt, wie dieß im §. 267 hinsichtlich der Bestellung eines gemeinschaftlichen Einhändigungs-Gewalthabers geschehen ist.

4) Die beklagten Streitgenossen sind daher schon mit der Ladung auf die Bestimmung des §. 95, wornach sie einen gemeinschaftlichen Bevollmächtigten zu bestellen haben, hinzuweisen, und ebenso die Kläger sogleich bei ihrem mündlichen Vortrage der Klage, oder sofern sie die Klage ohne Bestellung eines gemeinschaftlichen Bevollmächtigten schriftlich einreichen, alsbald in der an sie gehenden Vorladung beziehungsweise in der Benachrichtigung von der auf die Klage erkannten Ladung.

5) Diejenigen Streitgenossen, welche sich mit den Andern wegen Aufstellung eines gemeinschaftlichen Bevollmächtigten nicht verständigen, können in Ermanglung einer dießfallsigen gesetzlichen Bedrohung mit ihrer Selbstvertretung oder Vertretung durch einen Andern nicht zurückgewiesen oder ausgeschlossen werden. Sie sind also neben dem Bevollmächtigten der Uebrigen bei den mündlichen Verhandlungen zwar zugelassen, so wie auch, wo ein Vortrag schriftlich übergeben werden darf (§. 218), ihre besondern Eingaben anzunehmen und zu berücksichtigen sind, aber aller durch die Nichtvereinigung entstehende Mehraufwand bleibt ihnen stets selbst zur Last.

6) Auch in diesem Falle ist übrigens für sie und die andern Streitgenossen immerhin ein gemeinschaftlicher Einhändigungs-Gewalthaber vorhanden, da ein solcher, wenn nicht alle Streitgenossen sich auf eine Person vereinigen, nach §. 267 P.O. von Amtswegen bestellt wird, und an diesen gemeinschaftlichen Einhändigungs-Gewalthaber werden dann, nicht nur die gesetzlich der Partei selbst einzuhändigenden Verfügungen gerichtet, sondern, weil die gesetzliche Auflage der Bestellung eines gemeinschaftlichen Prozeßbevollmächtigten nicht erfüllt ist, auch dieje-

nigen Verfügungen, welche sonst nur dem Letztern zuzustellen wären.

Diese Verfügungen gehen nämlich in Ermangelung eines gesetzlich aufgestellten Bevollmächtigten an die Partei selbst und die der letzteren zu machenden Einhändigungen geschehen an den Einhändigungs-Gewalthaber, so daß auch in diesem Falle die richterlichen Verfügungen und Erkenntnisse immer nur einfach (für die Streitgenossen zu Handen des Einhändigungsgewalthabers) ausgefertigt und zugestellt werden, und der Gegentheil nach Bestellung eines gemeinschaftlichen Gewalthabers auch beim Abgang eines gemeinschaftlichen Bevollmächtigten nicht nöthig hat, eine Mehrzahl von Duplikaten einzureichen.

Gleichzeitig mit der Einrückung obiger Verfügung in das Verordnungsblatt erließ der Gerichtshof an die Anwälte folgendes:

„Den bei dem diesseitigen Gerichtshofe angestellten Advokaten wird eröffnet, daß künftig überall, wo in I. Instanz für Streitgenossen kein Einhändigungs-Gewalthaber bestellt wurde und (auf Seiten der Appellanten) eine solche Bestellung auch mit der Beschwerdeschrift nicht nachgetragen ist, alsbald nach Einkunft der Beschwerdeschrift nach §. 267 d. P.O. ein Gewalthaber von hier aus werde ernannt, und den Streitgenossen davon werde Nachricht gegeben werden, und zwar, sofern sie die Appellaten sind, mit dem Anfügen, daß gleichzeitig die Beschwerdeschrift dem ernannten Gewalthaber zugehe.

Zugleich wird den Anwälten unter Hinweisung auf die demnächst im Verordnungsblatt des Mittelrheinkreises erscheinende diesseitege Bekanntmachung, die Aufstellung von Einhändigungs-Gewalthabern und von gemeinschaftlichen Prozeßbevollmächtigten der Streitgenossen betreffend, bemerkt, daß sie künftighin für mehrere Streitgenossen jeweils nur ein, dem gemeinschaftlichen Einhändigungsgewalthaber derselben zuzustellendes, Duplikat ihrer Schriftsätze zu übergeben haben.

Nur wo in einem und demselben Urtheile, wie es bei Ganturtheilen vorkommt, sowohl den Personen als der Sache nach verschiedene Rechtsstreite entschieden sind und die Appellation gegen verschiedene dieser Entscheidungen gerichtet ist, — wenn z. B. ein Gantgläubiger nicht nur gegen seine eigene Lokation oder gegen die Lokation Anderer, die ein gemeinschaftliches Interesse haben, sondern gegen die Urtheilsbestimmungen über verschiedene andere (unter sich in keiner Streitgenossenschaft stehende) Gläubiger appellirt, — ist entweder für jede dieser (nach Gegenstand und Person verschiedene) Appellationen eine besondere Beschwerdeschrift, oder für jeden der verschiedenen Appellaten ein besonderes Duplikat zu übergeben."

II.

Ueber Ablösung der Fischereirechte, insbesondere über das Eigenthumsrecht des Staates an einem Flusse in Folge dessen Floßbarkeit. L.R.S. 538.

Gesetz vom 10. April 1848; Reg.-Bl. No. 23, S. 107.

Gesetz vom 29. März 1852; Reg.-Bl. No. 15, S. 111.

Vollzugsverordnung, vom 26. März 1853; Reg.-Bl. No. 13, S. 105.

Die im §. 1 der Vollzugsverordnung vom 26. März 1853 enthaltene Bestimmung, in Folge deren bereits die Anträge mehrerer Gemeinden zur Entscheidung der Floßbarkeit der ihre Gemarkung durchziehenden Flüsse vorliegen, dürfte einer näheren Beleuchtung zu unterwerfen, nicht ungeeignet sein.

Die fragliche Bestimmung lautet nämlich:

„Wenn namentlich bestritten ist, ob ein Fluß im Sinne des L.RS. 538 schiffbar oder floßbar sei, und das Fischereirecht aus diesem Grunde dem Staate zustehe, so ist die Entscheidung darüber einzuholen. Für die Floßbarkeit ist insbesondere die Thatsache entscheidend, ob der Fluß mit eigentlichen Flößen, d. h. mit zusammengehängten Hölzern befahren werden könne, oder ob auch einzelne Scheiter und Stämme geflößt werden, also die s. g. Wildflößerei stattfindet. In letzterem Falle gilt derselbe nicht für floßbar."

Diese Feststellung des Begriffes der Floßbarkeit wurde veranlaßt durch die gesetzliche Bestimmung im §. 1 des Gesetzes (Reg.-Bl. 1852, S. 111), woselbst es heißt:

Die Fischerei steht zu:

1) In schiffbaren und floßbaren Flüssen und Seeen dem Staate.
2) In Canälen, Gewerbswasser, Teichen, in ausschließ-

lichem Eigenthum befindlichen Gewässern dem Eigenthümer.

3) In den übrigen Gewässern der Gemarkungsgemeinde.

Hiermit stimmt L.R.S. 538 überein, welcher sagt:

„Als Zugehörden des Staates werden betrachtet, die Flüsse und andere Wasser, die schiffbar oder floßbar sind.“

Weitere gesetzliche Vorschriften hierüber mangeln.

Um nun diese Rechtsverhältnisse zu prüfen, ist es nothwendig auf das gemeine Recht zurückzugreifen und die Auslegung über den Code civil zu Rath zu ziehen:

In ersterer Beziehung führte Rudolph Freiherr von Holzschuher in seinem höchst schätzbaren Werke „Theorie und Casuistik des gemeinen Rechts, Leipzig 1845, II. Band, S. 87 und 92 folgendes aus:

Unstreitig sind alle schiff- und floßbaren Flüsse, öffentliche Flüsse, wofür sie auch gelten, wenn sie gleich nicht überall sondern nur theilweise schiffbar sind.

Mittermaier, deutsches Privatrecht §. 222 a.

Nicht schiffbare oder floßbare Flüsse können nicht als Staatseigenthum vermuthet werden.

Maurenbrecher, deutsches Pandekten-Recht §. 180.

Mittermaier, §. 279.

Die Frage nun ob dieses Recht des Staates als Regal, als Staatseigenthum oder Gemeingut zu verstehen sei, wird gewöhnlich aus dem Herkommen beantwortet, je nachdem bisher vom Staate oder von Privaten Besitzrechte am Flusse ausgeübt worden sind.

Eichhorn, deutsches Privatrecht §. 267. 268.

v. Bülow und Hagemann, prakt. Erörterung Band I, No. 3 §. 2—6.

Sind z. B. die an einem fließenden Wasser befindlichen technischen Leitungen, Anlagen und Einrichtungen von der Art, daß sie nur unter obrigkeitlicher Autorität bewerkstelligt werden konnten, so ist dasselbe als ein öffentliches charakterisirt.

Zu Rhein und Sartorius, Rechtsfälle II., S. 72.

Wo es aber an einem entschiedenen Herkommen fehlt, und wo ein Fluß sich nicht schon de facto im Staatseigenthum befindet, da ist bei größeren Flüssen auch wohl nur die Eigenschaft eines Gemeinguts zu vermuthen, weil dies der ursprüngliche deutsche Rechtszustand war, und dieser auch dem richtigen Verstande der römischen Gesetze gemäß ist.

Sachsenspiegel, Band. II., Art. 28.

„Welches Wasser stromweise fließt, da ist gemeinschaftlich darauf zu fahren und darin zu fischen.“

Im östreichischen Civilgesetzbuch §. 287 heißt es:

„Sachen, die allen Mitgliedern des Staates nur zum Gebrauch verstattet werden, heißen ein allgemeines oder öffentliches Gut; dahin rechnet man auch Ströme und Flüsse.

Hier erscheint denn der Staat, wenn er ein behauptetes Eigenthum nicht beweisen kann, nur als Bewahrer des öffentlichen Interesse, als Verwalter der Gegenstände, deren Gebrauch Allen zusteht und als Regulator ihrer Gebrauchsrechte im Interesse Aller.

Mittermaier, im civil. Archiv Bd. XXIII., S. 418.

In dieser Eigenschaft sollte eigentlich der Staat bei allen öffentlichen Flüssen erscheinen, wenn sich der im römischen und deutschen Rechte ursprünglich gewurzelte Begriff aqua coelestis und fließendes Wasser sei ein Gemeingut, erhalten hätte.

ll. 2. Dig. 1. 8.

§. 1. J. 2. 1.

Man sollte daher nicht von einem Wasserregal und noch weniger von einem Staatseigenthum an Flüssen, sondern nur von einem Wasserhoheitsrecht des Staates sprechen.

Rousseau, über Flußgesetze Sect. 6.

Mittermaier, §. 222.

Allein schon im II. F. 36 werden die flumina navigabilia vel in quibus finat navigabilia portus etc. für regalia erklärt, welches Prinzip fast überall de facto vorherrschend wurde.

Günther, de jure aquarum Spec. II—IV.

Cancrin, Abhandlung vom Wasserrecht.

Klüber, öffentl. Recht §. 456 erklärt gar Wasserregal und Wasserhoheit für synonim.

Dies Regal umfaßt alle wesentlichen Wassernutzungen. Für das Volk ist nichts übrig geblieben, als das Baden, Schwimmen, Schwemmen, Waschen, Tränken, Sandholen, Kiesgraben und beschränkte Wasserzuleitung.

l. 2. Dig. 43. 11.

l. 3. §. 1. u. 2 D. 43. 20.

l. 10. §. 2. Dig. 39. 3.

l 1. §. 3. u. l. 15. Dig. 43. 12.

Gesterding in civ. Archiv III. S. 64.

Ueber den Begriff der Floßbarkeit äußert sich Holzschuher S. 109 ibid.

Es gibt bekanntlich zweierlei Arten der Flößerei, nämlich insoferne nur einzelne Hölzer durch die Gewalt des Wassers fortgeschwemmt werden oder zusammengefügte Hölzer fortgeschafft und zugleich als Transportmittel für Menschen und Sachen gebraucht werden.

Von einigen Rechtsgelehrten werden nun beide Ausübungen als Floßregal betrachtet.

Frisch, de jure grutiae vel Ratium 1668.

Danz, deutsches Privatrecht I. §. 107.

Man sieht sich aber vergebens nach einem Grund um, das Flößen mit ungebundenem Holz für ein Regal zu erklären. Dieses ist ein Recht des Privateigenthümers, das Flößen mit zusammengefügtem Holz ein Regal.

Eichhorn, deutsches Privatrecht §. 269.

Derselbe, deutsche Staats- und Rechtsgeschichte I., S. 629. 690.

Dürr, de jure grutiae. Mogunt. 1762.

Maurenbrecher, deutsches Privatrecht §. 295.

Endlich über das Fischereirecht bemerkt Holzschuher S. 113:

Eigentlich kann dem Staat nur als Flußeigenthümer das Recht, in öffentlichen Flüssen zu fischen, beigelegt werden, gleich wie in Privatwassern den Privateigenthümern.

Bülow und Hagemann l. c. B. VII. S. 329.

Mittermaier, S. 291.

Im Mittelalter und wohl noch später wurde gleichwohl das Fischereirecht zu den Regalien gerechnet und das nach und nach in einem Maße, welches vom Eigenthum kaum verschieden war. *)

Auf gleiche Weise interpretirt auch die französische Gerichtspraxis die Floßbarkeit und beschränkt das Eigenthum des Staates auf floßbare Flüsse.

In Note 24 zu Art. 538 bemerkt Paillet Manuel de droit français (Paris 1826):

Une rivière n'est flottable dans le sens de l'art. 538 du Code qu'autant qu'il a flottaison à train ou à radeau. Quant aux rivières ou la flottaison n'a lieu qu'à bûches perdues n'étant pas flottables elles ne sont pas propriétés domaniales. La pêche sur les rivières flottables à bûches perdues est donc comme ces rivières elles-mêmes la propriété des riverains et non pas du domaine public. Rejet 22. Août 1823.

und in Note 21:

*) Vgl. auch Rau, Finanzwissenschaft 1850. III. §. 195 u. 219.

Une rivière ne peut être considérée comme navigable et soumise à la jurisdiction administrative, qu'autant que la navigabilité est constatée ou declarée par acte administratif.

Diese nothwendig vorausgesetzte Floßbarkeit ist nun nach den bestimmten Worten des §. 1 der Vollzugsverordnung auf den dermaligen gegenwärtigen Zustand beschränkt. Dies bezeichnet der Satz:

„ob der Fluß befahren werden kann, oder ob nur einzelne Scheiter und Stämme geflößt werden, also Wildflößerei stattfindet.“

Durch diese Präsentia der Zeitwörter kann nur der gegenwärtige Zustand zur Grundlage genommen werden. Wenn demnach ein Fluß früher, wie z. B. die Alb bis zum Jahre 1824 im eigentlichen Sinne des Wortes floßbar war, allein nach dieser Zeit durch die Rektifikation in Folge des Hochwassers, durch die vielen Gewerbskanäle, Wasserwerke und sonstige Einrichtungen unfloßbar wurde, so kann ein solcher Fluß auch nicht mehr als zur Zeit floßbar angesehen werden, und daher das Fischereirecht dem Staate nicht zuerkannt werden. Es kann daher auch der Fall eintreten, daß ein und derselbe Fluß zum Theil floßbar, zum Theil nicht floßbar sich darstellt. Wie z. B. die Alb, soweit sie die Gemarkung Spielberg durchfließt, zur Zeit noch floßbar sein kann, während sie dies in der Gemarkung Etlingen nicht mehr ist.

Das Erstere hat großh. Regierung des Mittelrheinkreises durch Erkenntniß vom 7. Januar 1854, No. 759 bereits ausgesprochen, und zwar auf das Gutachten großh. Wasser- und Straßenbauinspektion, obschon dieses Gutachten nur besagte:

„Daß die Alb bis in die zwanziger Jahre dieses Jahrhunderts in der That mit eigentlichen Flößen befahren worden sei und deßhalb kein Zweifel mehr obwalten könne, daß dieser Fluß floßbar sei.“ Allein es wollte die begutachtende Behörde damit sicher nur sagen: „floßbar gewesen sei.“ Denn die Thatsache, daß bis 1824 ein Fluß befahren worden, läßt den Schluß auf die Thatsache, daß nunmehr der Fluß in der Gegenwart noch befahren werden kann, nicht unbedingt zu.

Durch das Gesetz vom 10. April 1848 sind die reinen Feudalrechte für aufgehoben erklärt und es ist daher anzunehmen, daß der Gesetzgeber durch Beschränkung der Floßbarkeit auf die Gegenwart, einerseits die schwankenden Rechtsfragen über Flußregalität, Staatseigenthum,

Wasserhoheit beseitigen wollte. Anderseits liegt in der Verwilligung der Anlagen von Wasserwerken, welche die Floßbarkeit unmöglich machten, ein Aufgeben der Letztern selbst.

Scholl.

III.

Geständniß nach der Verurtheilung.

Kann daraufhin von dem Angeklagten oder von dem Staatsanwalt die Wiederaufnahme des Verfahrens begehrt werden?

Vergl. Annalen No. 23 S. 180.

Als A. Berger nach Eröffnung des oberhofgerichtlichen Erkenntnisses in die Strafanstalt abgeführt werden sollte, so erklärte er bei dem Amt R.-Zell zu Protokoll: Er habe immer gehofft, er könnte frei werden; es sei ihm aber in Konstanz eröffnet worden, daß er seine Strafe erstehen müsse; er habe nun nachgedacht, daß er so lange sitzen müsse, er wolle lieber, daß ihm sein Recht angethan werde, es sei nämlich wahr, daß er die K. Kopp ermordet habe, er habe geglaubt, sie sei von ihm schwanger und das wäre eine Schande für ihn gewesen; er verlange, daß er nach Konstanz oder nach Pfullendorf geführt werde, wo er Alles umständlich angeben wolle, die Sache solle vor das nächste Schwurgericht kommen, wo dann wahrscheinlich das Todesurtheil werde ausgesprochen werden, er glaube, daß ihm dann doch verziehen werde, und er wie die Theresia Lindegger (welche hingerichtet wurde und sehr reumüthig starb) sterben könne. *)

Diese Erklärung wurde dem Staatsanwalt zur weitern Antragstellung in Betreff der Wiederaufnahme des Verfahrens mitgetheilt. Insofern der Verurtheilte selbst die Wiederaufnahme des Verfahrens verlangte, so stellte der Staatsanwalt den Antrag, das Gesuch zu verwerfen, da hier keiner der in §. 119 des Gesetzes von 1851 aufgeführten Fälle vorhanden sei, in welchen der Verurtheilte selbst die Wiederaufnahme des Verfahrens verlangen könne. Zugleich erklärte der Staatsanwalt, daß er sich nicht veranlaßt sehe, seinerseits auf Wiederaufnahme des Verfahrens anzutragen, da hier auch keiner der Fälle vorhanden sei, in welchen nach §. 122 des allegirten Gesetzes der Staatsanwalt eine Wiederaufnahme verlangen könne. Nach §. 122, Ziff. 2 findet zwar auf Antrag des Staatsanwalts eine Wiederaufnahme des Verfahrens statt, wenn der Freigesprochene später selbst gerichtlich ein Geständniß des Verbrechens abgelegt hat. Diese Bestimmung findet aber auf den Fall keine Anwendung, wo der Angeklagte durch das erste Urtheil zwar nicht freigesprochen, aber doch nur wegen eines geringeren Verbrechens verurtheilt ist, als wegen desjenigen, dessen er nach dem erst später abgelegten Geständnisse sich wirklich schuldig machte. In einem solchen Falle hatte der §. 303 der St.P.O auf Antrag des Staatsanwalts der Wiederaufnahme gegen den Angeschuldigten gestattet. Dieser §. 303 ist aber nicht in das neue Gesetz aufgenommen und wurde durch §. 45, Ziff. 7 des Schwurgerichtsgesetzes von 1848 (Reg.-Bl. S. 94) förmlich gestrichen. Es erklärt auch

Bekk in der Anmerkung zu §. 122, S. 110 und Schwarze im Archiv des Criminalrechts von 1851, S. 585

daß unser Gesetz eine Wiederaufnahme des Verfahrens auf Antrag des Staatsanwalts nur gegen den Freigesprochenen kenne, nicht aber gegen den Verurtheilten, wenn sich gleich später herausstellte, daß das von ihm verübte Verbrechen eine schwerere als die im Urtheil angenommene Eigenschaft habe.

Von dem Hofgericht des Seekreises wurde als Schwurgerichtshof in Erwägung, daß der Verurtheilte die Wiederaufnahme des Verfahrens nicht zu dem Zwecke verlangen kann, um eines schwereren Verbrechens, als dasjenige, wegen dessen er verurtheilt ist, für schuldig erklärt zu werden, sondern in diesem Falle nur der großh. Staatsanwalt die Wiederaufnahme des Verfahrens beantragen könnte. §. 119. 122 des Gesetzes vom 5. Februar 1851;

in Erwägung, daß der großh. Staatsanwalt keinen Antrag wegen Wiederaufnahme des Verfahrens auf den Grund des gemachten Geständnisses des Angeklagten zu stellen erklärt hat; — das Gesuch des Anton Berger um Wiederaufnahme des Verfahrens als unbegründet verworfen.

Haager.

*) Später hat Berger dieses Geständniß widerrufen.

D. E.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von E. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXI. No. 26. Mannheim, 24. Juni 1854.

I.

Ueber die gesetzliche Abtragssumme der §§. 15 u. 16 der Eheordnung.

Annalen 1844 (XII.) No. 51. IV. S. 378. 379.
1845 (XIII.) No. 31. III. S. 247. 248.

§. 1.

Das Eheverlöbniß ist ein Vertrag zwischen zwei Personen verschiedenen Geschlechts, eine Ehe mit einander abzuschließen, begründet also eine Verbindlichkeit, Etwas zu thun. Solche Verträge lösen sich, wenn sie nicht freiwillig erfüllt werden, nach L.R.S. 1142 in eine Verbindlichkeit zu Schadensersatz auf. Nach franzöf. Recht verpflichtet deßhalb das Eheverlöbniß denjenigen Theil, welcher sich der Abschließung der Ehe weigert, zum Schadensersatz.

Die Forderung eines Schadenersatzes setzt selbstverständlich die Begründung und Nachweisung eines erlittenen Schadens und dessen Umfangs voraus. Ueber den Umfang der Entschädigungsverbindlichkeit ist man übrigens in Frankreich nicht einig.

Zachariä franz. C.R. Bd. 3. §. 457. Note 6.

In §. 14 der Eheordnung für das Großherzogthum Baden ist aber in Betracht der in Folge von Eheverlöbnissen eintretenden Mißbräuche und Mißstände denselben jede rechtliche Wirkung entzogen, und in §. 15 verfügt worden, daß

1) ohne die gemeinschaftliche Erwirkung eines Trauscheins (ja selbst bei unterlassenem Vollzug des gelösten Trauscheins innerhalb eines halben Jahrs ohne Erneuerung desselben) keine Ersatzverbindlichkeit für den Abtretenden besteht;

2) sobald beide Theile einstimmig ihren Trauschein von ihrer Staatsbehörde lösen, dieses für eine verbindliche Erklärung gelte, es wolle derjenige, welcher zurück trete, dem andern einen gesetzlichen Abtrag für Schaden und Kosten (vorausgesetzt, daß Schaden erwachsen ist und Kosten aufgewendet sind) zahlen;

3) nach der Lösung des Trauscheins, aber auch erst von da an, auf Gefahr und Ersatz des etwa noch reuig werdenden Theils Anschaffungen gemacht werden können.

Diese Verfügungen beruhen nach dem Eingang des §. 15 auf dem Grunde, damit Niemand die unvermeidlichen Vorbesprechungen über Eingebung einer Ehe zwischen zwei Personen benutzen könne, um den andern Theil in mancherlei vergebliche Vorbereitungskosten zu setzen und nachmals zu dessen Schaden ungestraft zurückzugehen.

§. 2.

Es steht also fest, daß der zurücktretende Theil zu keiner Entschädigung verpflichtet ist, so lange er zur Lösung des Trauscheins seine Zustimmung ausdrücklich oder stillschweigend noch nicht gegeben, oder nachdem er diese Zustimmung rechtzeitig zurückgenommen hat.

Aus der mit besonderm Nachdruck hervorgehobenen Stelle des §. 15 „aber auch erst von da an" wird man folgern können, daß für früher aufgewendete Vorbereitungskosten sowie für den Aufwand zur Lösung des Trauscheins selbst kein Ersatz verlangt werden dürfe.

Wenn namentlich schon der Aufwand für Lösung des Trauscheins nach der Absicht des Gesetzgebers zur Ersatzforderung hätte berechtigen sollen, so ist nicht abzusehen warum er sich nicht deutlicher und ohne alle Clausel dahin ausgesprochen haben sollte, daß derjenige Theil, welcher nach einstimmiger Lösung des Trauscheins, zurücktritt, ohne weiteres zur Entschädigung verpflichtet sei.

Hiernach scheint die Ansicht, als ob die gemeinschaft-

liche Lösung des Trauscheins früheren Anschaffungen nachträglich den Stempel des Berechtigens zum Ersatzanspruch ausdrücke, nicht allein im Gesetze nicht begründet, sondern sogar der, meines Erachtens unzweideutig kundgegebenen, Absicht des Gesetzgebers entgegen zu sein.

§. 3.

In §. 15 ist die Entschädigung, welche von dem Zurücktretenden gefordert werden kann, ein gesetzlicher Abtrag für Schaden und Kosten genannt, und im Eingang desselben Hen ist es der durch den Aufwand vergeblicher Vorbereitungskosten entstandene Schaden, welchen der Zurücktretende ersetzen soll.

Man würde also wohl zu weit gehen, wenn man dem, nach einstimmig gelösten Trauscheine, Zurückgehenden ohne Weiteres die Ersatzverbindlichkeit aufbürden wollte, ohne wenigstens eine Bescheinigung darüber zu verlangen, daß von dem andern Theile vergebliche Vorbereitungskosten wirklich aufgewendet worden sind.

Denn wenn der Gesetzgeber den Anspruch auf den gesetzlichen Abtrag ohne Nachweisung wirklichen vergeblichen Aufwands hätte einräumen und damit der Vermuthung, daß jedesmal solcher Aufwand stattgefunden habe, hätte Raum geben wollen, so hätte er sich anders, als er es gethan, aussprechen, er hätte unter Hinweglassung aller weiteren Bestimmungen mit klaren Worten festsetzen können und müssen, daß jeder, der nach einstimmig gelöstem Trauschein zurücktritt, ohne Weiteres zur Zahlung eines gesetzlichen Abtrags verpflichtet sei.

Statt dessen hat er aber gesagt, die gemeinschaftliche Lösung des Trauscheins solle für eine verbindliche Erklärung gelten, daß derjenige, welcher zurücktritt, dem Andern einen gesetzlichen Abtrag zahlen wolle, so daß von da an auf Ersatz des etwa noch reuig werdenden Theils Anschaffungen gemacht werden können. Diese Wortfassung ist mit einer Bestimmung des Gesetzgebers nicht identisch, die dahin lauten sollte, daß jeder Zurücktretende allemal und ohne Weiteres einen Abtrag zahlen müssen, daß also der Gesetzgeber stetshin eine auf Seiten des Getäuschten vorhandenen Schaden unterstelle, wenn ein Rücktritt nach gelöstem Trauschein stattfinde. Sie wird vielmehr so ausgelegt werden müssen, daß der eine Theil in der, sei es ausdrücklich oder stillschweigend gegebenen, Einwilligung des andern Theils zur Lösung des Trauscheins eine stillschweigende Einwilligung dazu finden dürfe, daß nun Anstalten zur Schließung der Ehe getroffen werden und das stillschweigende Versprechen, daß, wenn er solche Anstalten durch spätern Rücktritt nutzlos mache, er die gesetzliche Vergütung dafür leisten wolle.

Wollte man in jener Wortfassung des Gesetzes demungeachtet die Aufstellung einer durchschlagenden prosumtio juris finden, so müßte man nach L.R.S. 1352 dem Reuigen den Gegenbeweis freigeben, daß im einzelnen Falle kein Schaden erwachsen sei, und damit wäre für die Sache gar nichts gewonnen.

Man darf also wohl annehmen, daß die Abänderung der gemeinen bürgerlichen Gesetzgebung, welche durch die nach Einführung des L.R.S. noch fortwirkenden besonderen Bestimmungen in der Eheordnung für das Großherzogthum Baden geschaffen worden ist, sich darauf beschränkt:

1) den Zeitpunkt, von wo an Vergütung für Auslagen zur Verwirklichung eines Ehevorhabens angesprochen werden könne, nicht schon mit dem Verlöbniß, sondern erst mit Lösung des Trauscheins eintreten und

2) über den Betrag der aufgewendeten Auslagen nicht streiten zu lassen, weßwegen er per Bausch und Bogen bestimmt wurde;

daß aber der getäuschte Theil nicht von der Pflicht entbunden wurde, auszuführen und nachzuweisen, daß ihm durch Anstalten zum Vollzug des Trauscheins wirklich ein Schaden zugegangen sei.

§. 4.

Der §. 15 der Eheordnung wird in der Praxis dahin ausgelegt, daß jeder Aufwand zum Zweck des Eheschlusses, also nicht allein für Anschaffungen zur Einrichtung des Hauswesens, sondern auch die Auslagen für Proclamationsgebühren, von Bürgereinkaufsgeldern u. s. w. zur Forderung eines gesetzlichen Abtrags berechtige.

Man könnte vielleicht, wenn man es ganz streng nehmen wollte, zwischen eigentlichen Anschaffungen, welche durch das Zurückgehen des Reuigen zwecklos werden, und solchen Auslagen unterscheiden, welche aus wirklichem oder vermuthetem Auftrag des Reuigen oder zu seinem Besten gemacht wurden; und würde dann, weil für letztern schon das Landrecht einen Ersatzanspruch gewährt, dazu kommen können, den durch die besondere Bestimmung der Eheordnung eingeräumten Ersatzanspruch auf die Auslagen für Anschaffungen jener Art zu beschränken; allein in der Anwendung der Vorschriften über den gesetz-

lichen Abtrag, wobei eine gewisse Milde zu Gunsten des Getäuschten vorwaltet, pflegt man diese Unterscheidung nicht zu machen.

§. 5.

Wie der Gesetzgeber voreilige Anschaffungen der Brautleute nicht begünstigen will, so tritt er auch übermäßigen Anschaffungen entgegen, indem er eine nach Verhältniß des Vermögens und der Person (des Standes) bemessene Aversalsumme des Abtrags in §. 16 der Eheordnung ein für allemal festsetzt, womit er auch die Absicht erreichen will, weitläufige Streitigkeiten über den Betrag des Aufwands abzuscheiden, auf welchen Betrag der wirklichen Auslagen daher keine Rücksicht genommen werden soll.

Hieraus folgt, daß der Bräutigam oder die Braut sobald er (sie) nachweist, daß nach einstimmig gelöstem Trauschein überhaupt mit Anschaffungen begonnen worden ist, oder daß Auslagen bestritten worden sind, von dem Zurücktretenden die gesetzliche Abtragssumme fordern kann.

Diejenigen, welche einen gesetzlichen Abtrag bewilligen wollen, ohne Nachweis einer Anschaffung oder einer Auslage zu verlangen, machen gegen die bisher vertheidigte Ansicht geltend, man müsse hiernach schon ganz unbedeutende, auch die winzigsten — Anschaffungen oder Auslagen für genügend halten. Ihnen kann man aber wohl entgegnen, daß der Richter cum grano salis das Gesetz anzuwenden hat, sein Ermessen walten zu lassen befugt und in §. 16 verb. „nach billigem obrigkeitlichen Ermessen" ausdrücklich ermächtigt ist.

§. 6.

Offenbar will das Gesetz in den §§. 15. 16 der Eheordnung keine den Reuigen zum Besten des anderen Theils in jedem Falle treffende Strafe festsetzen, es will nur diesen andern Theil vor Schaden bewahren, wenn ihn solcher träfe und den Reuigen zur Schadloshaltung verpflichten, wenn er Schaden veranlaßt hat.

Die Bestimmungen der §§. 15. 16 der Eheordnung sind besonderer eigenthümlicher Art; und diese Eigenthümlichkeit sollte meines Dafürhaltens nicht durch allzu milde Auslegung verwaschen, sondern sorgsam beachtet werden, da sie sonst in der Anwendung ganz gegen die Absicht des Gesetzgebers umschlagen würden. Dieser will dem Getäuschten kein Schmerzengeld gewähren, dem Zurücktretenden kein Reugeld, keine Abkaufssumme auferlegen, er will nur, daß wenn dieser jenen beschädigt hat, er ihn auch entschädige.

Er betrachtet die Zurücknahme der Einwilligung zur Ehe nicht als einen mit der Allgewalt des Geldes zu sühnenden Schritt, sondern er berücksichtigt die Lage des Getäuschten, der auf das gegebene Wort vertrauend, wirklich Anstalten zum Vollzug des Trauscheins getroffen hat, vom unparteiischen Standpunkte der Schaden ausgleichenden Gerechtigkeit.

Stf.

II.

Zur Auslegung des §. 903 der P.O.

(Annalen XXI. No. 24. II.)

Der §. 903 der neuen und der erste Absatz des §. 938 der alten P.O. stimmen wörtlich überein. Der 2. Absatz des §. 938 wurde bei der jüngsten Revision des Prozeßgesetzes gestrichen.

Der Abgeordnete Mayer, welcher Namens der Commission an die zweite Kammer den Bericht erstattete, führte die Streitfragen an, zu welchen dieser das gemeinrechtliche beneficium competentiae enthaltende zweite Satz des §. 938 Veranlassung gegeben hatte, nämlich: „unter welchen Voraussetzungen das Vermögen des Gantmannes für hinreichend anzusehen sei, um der Nachforderung Eingang zu verschaffen; sodann ob vom Kläger „schon in der Klage anzuführen sei, daß der beklagte „Schuldner zu einem Vermögen gelangt sei, woraus er „Zahlung zu leisten im Stande wäre, ohne den nöthigen „Unterhalt für sich und seine Familie geschmälert zu sehen; oder ob der Kläger dies erst als Replik vorzubringen habe, nachdem der Beklagte auf die Rechtswohlthat verzichtet hatte," und schlug die Abschaffung dieser „nicht gerechtfertigten s. g. Rechtswohlthat vor, „indem die Vermögensumstände des Schuldners allein „ohne besondere Vorsorge des Gesetzes die Gläubiger „davon abhalten werden, einen am Ende erfolglosen „Rechtsstreit durchzuführen."

Fragt man nach der Absicht des Gesetzgebers bei dem Striche des zweiten Satzes des §. 938 und legt der Antwort die angeführten Worte des Commissionsberichts zu Grunde, so wird man nicht irren, wenn man sagt: es

wollte der Gesetzgeber die bekannten Streitfragen beseitigen, und wollte, daß für die Gläubiger eines früheren Gantmanns nicht aber, daß für diesen „eine besondere Vorsorge" getroffen werde. Mit andern Worten: es sollte ein Gantmann in Beziehung auf jenen Theil seiner Schulden, welche aus dem Massevermögen nicht gedeckt wurden, jedem anderen Schuldner gleichgestellt werden.

Diese Auslegung der Abänderung des §. 938 der alten in den §. 903 der neuen P.O. entspricht auch der, jedem Interpreten obliegenden Aufgabe, die Bestimmungen der verschiedenen nebeneinander bestehenden Gesetze in Einklang zu bringen. Der landrechtliche § V. des Abschnittes über die Zahlung, welcher von der Vermögensabtretung handelt, einem Institute, das neben unserem dem französischen Rechte fremden Gantverfahren ziemlich unpraktisch ist, zeigt den Schuldner, welcher sein Vermögen den Gläubigern freiwillig abgetreten hat, mit unserm Gantmann in gleicher Lage.

In L.R.S. 1270 wird nun bestimmt, daß, wenn die abgetretenen Güter zur Tilgung der Schulden nicht hinreichend waren, „und der Schuldner wieder zu Vermögen kommt, er auch dieses zur Bezahlung hingeben „muß." Diese Bestimmung steht in vollem Einklange mit dem Satze 2092, wornach Jeder, „welcher eine Verbindlichkeit auf sich genommen hat, die Erfüllung seines Versprechens aus Allem, seinem gegenwärtigen und zukünftigen Vermögen bewirken muß. Vergleicht man nun den Wortlaut des §. 903 der neuen P.O. mit dem L.R.S. 1270, so wird man zugestehen müssen, daß zwischen beiden gesetzlichen Bestimmungen ein Unterschied nicht besteht. Wie man daher den L.R.S. 1270 auslegt, so wird man den §. 903 auch auslegen müssen. Ein beneficium competentiae besteht in dem französischen Rechte *) und besteht in unserem Landrechte nicht. Der Richter ist daher auch nicht befugt, aus dem uns jetzt fremden römischen Rechte diese angebliche Wohlthat in unsere Gesetzgebung hineinzutragen. Dazu ist auch kein Bedürfniß vorhanden.

Der Schuldner ist geschützt durch die Bestimmungen über die Competenz im L.R.S. 2217 a. u. ff.; durch die Bestimmungen der P.O. über die Milde gegen den Schuldner §. 936. 981. 889. 990. 991. 993; durch den L.R.S. 1244; durch die Bestimmungen des Handelsrechts über die Stundungs- und Nachlaßvergleiche, wornach die Mehrheit der Gläubiger eine Minderheit zur Eingehung eines den Fridar gänzlich befreienden Vergleichs zwingen kann. S. 225. 227 *).

Die bei dem mittelrheinischen Gerichtshof durch den Plenarbeschluß v. 9. Mai gegen die bisherige Praxis zur Geltung gelangte Ansicht war von den sie vertretenden Anwälten noch aus dem weiteren Grunde vertheidigt worden, daß, da durch das Gesetz die Gant nicht als eine Tilgung von Verbindlichkeiten aufgestellt worden sei, §. 903 als etwas Ueberflüssiges erscheine, wolle man dem Worte „Vermögen" nicht die im Plenarbeschlusse näher bezeichnete Bedeutung beilegen, indem alsdann auch ohne den §. 903 jeder Zeit jeder Gläubiger gegen seinen früher verganteten Schuldner vorschreiten könne. Der Grund zu diesem gesetzgeberischen Akte wurde von diesen Anwälten in jenem gefunden, welcher überhaupt für das benef. comp. geltend gemacht wird, nämlich, daß die Menschlichkeit wie die Klugheit ver-

---

*) Zachariä, V. Auflage dritter Band §. 587 Note 10 S. 478. Unter den französischen Schriftstellern besteht auch darüber kein Zweifel, daß die Güterabtretung einem weiteren Exekutionsverfahren keine Beschränkung als die Befreiung von der persönlichen Haft auflege. So sagt Toullier, (Brüssler Ausgabe 1830) T. IV. p. 116. No. 258 über das beneficium competentiae: „Cette faveur pleine d'humanité et qui pouvait être un puissant aiguillon pour exciter l'industrie des personnes tombées en deconfiture ne leur a pas néamoins été accordée par le droit français; d'où il resulte, que les juges ne pouraient l'accorder sans excéder leur pouvoir, et sans s'exposer à la censure. — Und Duranton, T. VII. No. 258. Elle (Cession des biens) opère la décharge de la contrainte par corps et c'est le seul effet qu'il produise en faveur du debiteur. Jaubert sagt in seinem ersten Bericht (Locré législation T. VI. X. No. 37) in dieser Beziehung: La législation ne doit pas être dure, mais elle doit être sévère, surtout elle doit être inflexible contre ceux, qui ne remplissent pas leurs engagements.

D. E.

*) Der Code de commerce gab im Art. 530 dem zahlungsunfähig gewordenen Handelsmann auch „le droit de demander à titre de secours une somme sur ses biens," eine Vergünstigung, welche bei der Umarbeitung des französischen Handelsrechts im Jahr 1840 wesentlichen Beschränkungen unterworfen wurde, indem es nun in die Hände der Gläubiger gelegt ist, ob sie eine solche Anhilfe bewilligen wollen oder nicht. Daß übrigens diese Anhilfe mit der Rechtswohlthat des benef. compet. nichts gemein hat, bedarf keiner Ausführung, und es kann daher auch für unser Rechtsleben die zwar von Duranton T. VII. No. 259 zugelassene, von Toullier IV. No. 257 getadelte analoge Anwendung des droit de secours auf Nicht-Handelsleute keinen Gegenstand der Erörterung ausmachen.

D. E.

lange, einem unglücklichen Schuldner Zeit zur Erholung zu gönnen, indem er sonst bei der voraussichtlichen Erfolglosigkeit seiner Bemühungen, wenn seine früheren Gläubiger jeden neuen Erwerb hinwegnehmen würden, sich der Verzweiflung und dem Müßiggange, anstatt neuem Eifer und verdoppelter Thätigkeit hingeben werde. Ob die neuere Auslegung des Wortes „Vermögen" dem gemeinen Sprachgebrauch entspricht, mag dahin gestellt bleiben. Mit dem gesetzlichen Sprachgebrauche scheint aber diese Auffassung nicht zusammenzutreffen. Denn wenn der Satz 2092 von einem „gegenwärtigen und zukünftigen, von einem beweglichen und unbeweglichen" Vermögen spricht, so wird man wohl annehmen dürfen, daß im Sinne dieses Satzes unter Vermögen ebensowohl ein Vermögensstück, wenn kein weiteres vorhanden ist, als ein Inbegriff von Rechten und Gegenständen verstanden werden muß. Die Auslegungsregel, daß man jedem Ausspruche des Gesetzgebers unterlegen müsse, er habe damit Anderes, etwas von bereits gegebenen Bestimmungen Verschiedenes sagen wollen, ist in unserem Landrechte wenigstens nicht unbedingt anwendbar. Allgemeine Vorschriften werden vielfach im Einzelnen wiederholt. Man denke an den L.R.S. 1341! Ein schlagender Beweis ist der L.R.S. 1270, über dessen Auslegung die französischen Rechtslehrer durchaus einig sind. Auch bei der Vermögensabtretung ist nirgends gesagt, daß sie eine Erlöschung der Verbindlichkeiten im Sinne des L.R.S. 1234 sei.

Diesem der Auslegekunst entnommenen Argumente wird man aber billig die Frage entgegenstellen, wenn man bei jedem Akte des Gesetzgebers mit Recht nach Grund und Absicht desselben fragt, warum ist der Abs. 2 des §. 938 der P.O. gestrichen worden, welcher uns doch wenigstens gesagt hat, von welchem Zeitpunkte an ein Inbegriff von Eigenthumsobjekten den Namen Vermögen verdiene, nämlich dann, wenn des Schuldners neu erworbenes Vermögen eine solche Bedeutung erlangt hat, daß ohne Schmälerung des nothwendigen Unterhalts des Schuldners und seiner Familie die Vollstreckung auf dieses Vermögen gerichtet werden kann. Dieser Anhaltspunkt ist jetzt beseitigt und somit im Zweifel gelassen, von welchem Punkte an Jemand aufhört, Vermögensstücke, und anfängt, ein Vermögen zu besitzen.

Ein „erhebliches Vermögen", ein „erheblicher laufender Erwerb" ist aber gewiß mehr, als der §. 938 bezeichnete Vermögensstand, der so gering bemessen war, daß dem Schuldner nur der „nöthige Unterhalt nicht geschmälert" werden sollte, eine Bestimmung, die eigentlich schon mit den Vorschriften des Landrechtes über die Competenz zusammentrifft. Der von dem großh. Hofgericht hervorgehobene Grund, daß schon vor Einführung der Prozeßordnung vom Jahr 1831 die Praxis dem Worte Vermögen in L.R.S. 1270 die jetzt für den §. 903 P.O. adoptirte Auslegung gegeben habe, muß hinwegfallen, sobald man erkennt, daß ein beneficium competentiae in der badischen Gesetzgebung nicht begründet ist. Die von dem mittelrheinischen Hofgerichte aufgestellte Ansicht ist zwar mild, aber wie ich hoffe gezeigt zu haben, im Gesetze nicht begründet; und wie ich fürchte, in ihrer Anwendung verderblich.

Die Folge wird zeigen, daß durch die Auslegung des §. 903, welche in der Sache Hockenjos gegen Schmidt zur Herrschaft gelangt ist, alle jene Streitfragen wieder heraufbeschworen werden, welche der Strich des Abs. 2 des §. 938 aus der P.O. beseitigen sollte.

R.

III.

Von dem Beweis der Eigenschaft eines Handelsgesellschafters (associé) bei einer offenen Gesellschaft ohne schriftlichen Vertrag.

Das Handlungshaus Genton zu Basel hatte aus einer vom Dezember 1848 bis März 1849 erwachsenen Rechnung an das Handlungshaus Alexis Kunzer u. Comp. in Herbolzheim eine Forderung von 2728 Schweizerfr., und klagte diese, nachdem die letztere Handlung fallirt hatte, gegen den Sohn des A. Kunzer, Karl Kunzer, ein, indem dasselbe zur Begründung der Klage geltend machte, C. K. sei seit Jahren und namentlich während der Entstehung der kläger'schen Forderung, Mitglied der unter der Firma: A. Kunzer u. Comp. bestandenen offenen Gesellschaft gewesen, und deßhalb für die kläger'sche Forderung sammtverbindlich. (H.R.S. 22). Der Beklagte bestritt diese ihm beigelegte Eigenschaft und behauptete, daß er blos Commis im Geschäfte seines Vaters gewesen sei, und nur in dieser Eigenschaft in den Jahren, in welchen die kläger'sche Forderung entstanden, einen Antheil am Gewinn des Geschäfts als Salaire bezogen habe. Das kl. H.H. suchte beim Abgang eines schriftlichen Gesellschaftsvertrags den ihm auferlegten Be-

weis, daß Beklagter Theilhaber der Al. Kunzer'schen Handelsgesellschaft zur Zeit der Entstehung seiner Forderung gewesen sei, zu führen durch Berufung auf die Handelsbücher der Al. Kunzer'schen Handlung und eine darauf zu gründende Expertise, woraus sich ergeben sollte, daß Beklagter in fraglicher Zeit die Hälfte des Gewinnes der Handlung bezogen und wie ein Gesellschafter in derselben gewirkt habe; durch Berufung auf die Correspondenz des Beklagten, Namens der Handlung und auf die Firma selbst, und endlich durch Eideszuschiebung. Der Beklagte berief sich gegenbeweislich auf mehrere in den Jahren 1847 und 1848 an verschiedene Handelsfreunde von ihm geschriebene, mit der Bezeichnung „p. procura" erlassene Geschäftsbriefe.

Der Unterrichter erkannte, weil er in den andern Beweismitteln den auferlegten Beweis nicht fand, auf den zugeschobenen Eid dahin: Der Beklagte soll schwören: „Es sei nicht wahr, daß er zur Zeit, als die eingeklagte Forderung entstanden, Theilhaber der unter der Firma Alex. Kunzer u. Comp. bestandenen Handelsgesellschaft war," und machte von dessen Leistung oder Verweigerung die Entscheidung des Streits abhängig.

Dagegen appellirte das kläger'sche Handlungshaus, worauf das oberrheinische Hofgericht abändernd den Beklagten pure verurtheilte.

In den hofgerichtlichen Gründen wird neben der Erörterung, daß die Nichtbeobachtung der gesetzlichen Vorschriften des H.R.S. 39 ff. dem dritten Gläubiger nicht entgegengehalten werden könne, ausgeführt, daß der Beweis (ohne den Eid) vollständig geliefert sei, indem die Handlungsbücher und die Expertise nachwiesen, daß für den Beklagten wie für den Alex. Kunzer gesonderte Conti geführt wurden, daß dem Ersteren die Hälfte des Gewinnes zugeschrieben worden, was auf dessen Eigenschaft als Gesellschafter schließen lasse, daß dieses aber auch noch weiter sich ergebe aus einem vom Beklagten an Genton geschriebenen Brief vom Januar 1849 ohne alle Bezeichnung, daß er nur als Commis gehandelt habe. (Die Unterschrift des vom Beklagten anerkannten Briefes lautet: Alex. Kunzer u. Comp.)

Gegen das hofgerichtliche Erkenntniß führte der Beklagte die Oberappellation aus und verlangte die Wiederherstellung des amtlichen Erkenntnisses. Diesem Begehren wurde auch vom obersten Gerichtshofe entsprochen, welcher den Umstand der gleichen Gewinntheilung und die Beweise des kläger'schen Handelshauses in folgender von der hofgerichtlichen Anschauung abweichenden Weise würdigte:

Der Kläger hat den ihm obliegenden Beweis zu führen gesucht:

1) Durch die Handelsbücher und ein Expertengutachten.

Aus jenen ergibt sich nach der Darstellung des Letzteren zwar so viel, daß zwischen dem Beklagten und seinem Vater Alexis Kunzer von 1840—1848 eine gleiche Gewinnstheilung stattfand.

Daraus läßt sich jedoch noch nicht schließen, daß der Beklagte Gesellschafter des Letzteren im rechtlichen Sinne war. Die Experten selbst haben es nicht gewagt, daraus die Folgerung mit Bestimmtheit abzuleiten und auch in dem bei den angerufenen Gantakten befindlichen Gutachten ist bemerkt, daß die Gewinngutschriften zu Gunsten des Beklagten außer der vom Kläger daraus gefolgerten Bedeutung der Eigenschaft eines Associe auch noch die Bedeutung haben können, daß sie als Gehalt dienen für die geleisteten Dienste, wie solches der Beklagte behauptet, ein Verhältniß, welches nach anerkannten Handelsgrundsätzen rechtlich zulässig ist und öfters vorkommt, was auch kläger'scher Seits an sich nicht bestritten wurde. Der Gesellschafter und der am Geschäft durch Gewinnantheile interessirte Gehilfe (Commis) haben zwar das miteinander gemein, daß beide sich in der vertragenen Weise in den Gewinn theilen; demungeachtet aber ist die Natur ihrer Rechte und der Grund des Gewinnbezugs verschieden, indem der Eine Theil am Gewinn hat, weil er Eigenthümmer der Sache ist, der Andere, weil er Dienste leistet, für welche man ihm diese Art des Lohnes versprochen hat.

> Zachariä, Handb. Bd. II. § 377.
> Pardessus, droit comm. T. II. No. 969.
> Duvergier, droit civ. T. XI. No. 48 u. 53.
> Troplong, contr. de société No. 45 u. 46.

Es fragt sich daher, ob das Dasein des vom Kläger behaupteten Verhältnisses anderweitig bewiesen sei? Es wird sich hiefür noch

2) auf einen von der Hand des letztern herrührenden Geschäftsbrief vom 9. Januar 1849 berufen.

Allein dieses Schreiben, welches nichts enthält, als die Anzeige über einige unbedeutende gegenseitige Geld- und Waarensendungen, kann dadurch, daß es vom Be-

klagten mit Unterzeichnung der Handelsfirma ohne beigefügte Procurabezeichnung geschrieben ist, noch keineswegs den Beweis liefern, daß Beklagter Gesellschafter der Handlungsfirma gewesen sei. Es lassen sich ebenso gut auch andere Gründe dieser Unterzeichnung denken, daß es aus Versehen geschehen sei rc. Man kann daher aus einem solchen vereinzelten Schreiben den dem Kläger obliegenden Beweis um so weniger entnehmen, als Aenderungen der Gesellschafter unter Handelsleuten nach Gesetz und Handelsbrauch öffentlich oder durch Circulare an die Handelsfreunde bekannt gemacht werden.

H.R. 46.
Thöl, Handelsr. S. 145 No. II.

3) Kläger will ferner noch in der Firma „Aller. Kuntzer u. Comp." eine Bestätigung seiner Behauptung finden. Allein so häufig auch bei so bezeichneten Handelsgeschäften eine Mehrheit der Personen vorkommt, so ist diese wie die tägliche Erfahrung lehrt, doch nicht wesentlich und es kann daher auch hieraus nichts zu Gunsten der kläger'schen Behauptung gefolgert werden.

All dieses zusammen vermag deßhalb den dem Kläger auferlegten Beweis nicht zu liefern.

Es steht demselben aber auch noch gegenbeweislich entgegen, daß in den letzten Jahren, wo die Handlung mit Verlust arbeitete, hievon dem Beklagten irgend ein Antheil nicht zur Last geschrieben wurde, was doch, wäre er Gesellschafter gewesen, geschäftsordnungsmäßig hätte geschehen müssen; daß ferner die mit dem Circular vom 1. Septbr. 1836, — worin der Beklagte als Procuraträger der Handlung bezeichnet wird, — übereinstimmenden Geschäftsbriefe des Beklagten, an deren Aechtheit nach den auf den Adressen befindlichen Postzeichen nicht wohl zu zweifeln ist, dafür sprechen, daß Beklagter bis 17. Dez. 1848 Procuraträger der Aller. Kuntzer'schen Handlung und nicht Gesellschafter derselben war; daß aber die Fortdauer dieses Verhältnisses als handelsüblich so lange anzunehmen ist, als nicht eine Aenderung bekannt gemacht wird, welch letzteres kläger'scher Seits nicht behauptet wurde. Daß aber die gedachten Briefe, obschon sie nicht an das kläger'sche Handlungshaus gerichtet sind, hiermit in Betracht gezogen werden dürfen, kann keinen Zweifel leiden, weil sie als Bestandtheile der angerufenen Handlungsbücher erscheinen rc. rc.

Daß der Mangel der Erfordernisse der H.R.S. 39 ff. dem Kläger nicht entgegengehalten werden könne, darüber war der oberste Gerichtshof mit dem Hofgerichte einig.

3.

IV.

1) Was versteht man unter der Einführung eines Gesetzes?
2) Von welchem Tage an gilt ein Gesetz als eingeführt?
3) Fall eines negativen Competenzstreites.

Am 13. Mai d. J. reichte der Kanzleidiener E. von Karlsruhe gegen den Tambour M. eine Klage bei dem Commando des großh. Grenadierregiments ein, welches dieselbe dem großh. Stadtamt Karlsruhe zur weiteren Verfügung übersendete. Diese Behörde verfügte durch Beschluß vom 16. Mai d. J., No. 14,847, daß die erhobene Klage hier nicht statt finde.

Die Entscheidungsgründe lauten:

„In Erw., daß die Wirksamkeit eines Gesetzes nach L.R.S. 1 mit dem Augenblicke beginnt, da seine Verkündung bekannt sein kann und diese Wirksamkeit von einer Vollzugsverordnung nur dann abhängig ist, wenn im Gesetze selbst die Bestimmung dieses Zeitpunktes vorbehalten wurde;

in Erw., daß das Gesetz vom 6. April d. J. durch das am 28. April d. J. erschienene Regierungsbl. No. 18 verkündet wurde und in demselben über den Zeitpunkt für den Eintritt seiner Wirksamkeit nichts bestimmt ist, der §. 40 und 41 vielmehr nur ausspricht, daß mit der Wirksamkeit des Gesetzes jenes vom 12. Februar 1849 aufgehoben sei, und daß die Art des Vollzugs des jetzigen Gesetzes (nicht aber den Zeitpunkt seiner Rechtsverbindlichkeit) durch eine Vollzugsverordnung werde bestimmt werden;

in Erw., daß der Beklagte eine Militärperson ist, wird, wie geschehen, verfügt."

Der Kläger beantragte nunmehr bei dem genannten Commando, daß es entweder eine Entscheidung oder gleichfalls eine Klagabweisung aussprechen wolle. Hierauf beschloß dasselbe unterm 30. Mai d. J., daß dem

Militairgericht, weil das Gesetz vom 6. April d. J. noch nicht in Wirksamkeit sei, keine Gerichtsbarkeit über privatrechtliche Streitigkeiten zustehe, und deßhalb eine gerichtliche Verfügung in dieser Sache nicht ergehen könne, aus eben diesem Grunde aber auch die Vorlage der Akten an großh. Oberhofgericht nicht statthaft sei.

Es hatte nämlich der Kläger in seiner Eingabe vom 23. Mai für den Fall, daß sich das großh. Commando gleichfalls für incompetent erachten sollte, die Vorlage der Akten an großh. Oberhofgericht zur Entscheidung des negativen Competenzstreites beantragt.

Eine weitere Rechtshülfe wurde inzwischen von klägerischer Seite nicht gesucht. Nichts desto weniger ist der vorliegende Fall von der Art, daß er eine Erörterung verdient, welche vielleicht durch gegenwärtige Mittheilung veranlaßt werden dürfte.

Link.

V.

Ein Streit zwischen Handelsgesellschaftern über die Herausgabe oder Vorlage von Gesellschaftspapieren gehört nicht vor die ordentlichen Gerichte, sondern vor ein Schiedsgericht.

H.S. 51. 62 P.O. §. 201.

Willibald Knoz war Mitglied einer offenen Handelsgesellschaft, aus welcher er später austrat. Er glaubte verschiedene Ansprüche an die Gesellschaft geltend machen zu können. Auf eine von ihm erhobene Klage ergingen die übereinstimmenden Urtheile des Hofgerichts des Seekreises und des großh. Oberhofgerichts dahin, daß die beklagte Gesellschaft schuldig sei, sich zur Schlichtung ihrer Handelsstreitigkeiten mit dem Kläger einem Schiedsgerichte zu unterwerfen.

Um seine Ansprüche vor einem Schiedsgerichte begründen zu können, erhob sodann Knoz bei dem Bezirksamte N. eine Klage auf Vorlage der Gesellschaftsrechnungen von 1835 bis 1839 zu seiner Einsicht. Das Hofgericht des Seekreises änderte das amtliche Urtheil, welches die Klage als zur Zeit unstatthaft verwarf, dahin ab, daß die Klage vor den ordentlichen Gerichten nicht stattfinde. In den hofgerichtlichen Entscheidungsgründen ist gesagt: Die Handelsrechtsätze 51. 62 setzen kategorisch gebietend fest: „Jeder Streit zwischen Handelsgesellschaftern (deren Wittwen, Erben und Rechtsnachfolgern) in Gesellschaftsangelegenheiten muß durch Schiedsrichter entschieden werden." Dieser Gesetzesvorschrift unterliegt auch der vorwürfige Rechtsstreit, da sich derselbe als ein wirklicher Streit zwischen Handelsgesellschaftern in einer Gesellschaftsangelegenheit darstellt. Daß die Schiedsrichter befugt sind, solche Streitigkeiten zu entscheiden, liegt eines Theils in der Natur der Sache, da derjenige Richter, welcher über die Hauptsache, über die Ansprüche selbst entscheidet, auch über die damit zusammenhängenden Nebenpunkte, wie z. B. die Vorlage der Handelsbücher und Gesellschaftsrechnungen muß entscheiden können. Andern Theils liegt diese Befugniß in der Bestimmung des §. 201 P.O., wornach die Schiedsrichter alle zur Aufklärung des Thatsächlichen und zur Beweisführung nöthigen Weisungen an die Parteien erlassen, auch die Beweise erheben und alle Streitigkeiten, die über die Beweisführung entstehen, entscheiden.

Häger.

Anzeige.

Mit dem nächsten Blatte beginnt das II. Semester des XXI. Jahrgangs dieser Zeitschrift. Die Bestellungen darauf können wie bisher bei allen Postämtern und Buchhandlungen des Großherzogthums gemacht werden.

Der Preis für das Semester beträgt unverändert 2 fl. 30 kr.

Buchhandlung von J. Bensheimer in Mannheim.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXI. | No. 27. | Mannheim, 1. Juli 1854.

I.

1) Wer ist nach §. 9 des E.G. vom 5. Februar 1851 als öffentlicher Diener zu betrachten?

2) Ist gegen die Entschließung der vorgesetzten Dienstbehörde, wodurch sie die strafrichterliche Verfolgung eines öffentlichen Dieners gestattet oder verweigert, ein Rekurs zulässig?

3) Kann die Dienstbehörde die gerichtliche Verfolgung eines öffentlichen Dieners dadurch beseitigen, daß sie im Disciplinarwege eine Rüge gegen denselben ausspricht?

In einer Gemeinde entstand in einer Gemeindeangelegenheit zwischen mehreren Bürgern derselben und zwischen dem Gemeinderath ein Streit, über welchen vor dem betreffenden Bezirksamt als Verwaltungsbehörde verhandelt wurde. Der zum Bericht über die erhobenen Beschwerden aufgeforderte Gemeinderath suchte sein Verfahren unter andern auch durch die Behauptung zu rechtfertigen, die Beschwerdeführer gehörten sämmtlich zur Umsturzpartei, was sie im Jahr 1849 zur Genüge bewiesen hätten. Wegen dieser offenbar falschen Beschuldigung erhoben die so gezeichneten Bürger eine Anklage wegen Verleumdung und Ehrenkränkung gegen sämmtliche Mitglieder des Gemeinderaths; der Richter I. Instanz verlangte aber von den Anklägern die Einholung der Zustimmung der vorgesetzten Dienstbehörde der Angeklagten zur Erhebung der Anklage, weil die Angeklagten als Diener der Gemeinde .... öffentliche Diener im Sinne des §. 657 des St.G.B. seien, weil eine Ehrenkränkung vorliege, welche die Angeklagten bei Ausübung oder mit Mißbrauch ihres Dienstes verübt haben sollten und weil nach §. 9 des Einführungsgesetzes zum St.G.B. in solchen Fällen die Zustimmung der vorgesetzte Dienstbehörde des Angeklagten zur Erhebung der Anklage erforderlich sei.

Hiergegen stellten die Ankläger vor: daß zwar hinsichtlich der besonderen Verbrechen der öffentlichen Diener wie dieselben im Titel XLIX des St.G.B. aufgeführt, und hinsichtlich der Bestrafung dieser besonderen Verbrechen, die Gemeindediener nach §. 657 des St.G.B. unter die öffentlichen Diener zu rechnen seien, daß darum aber der §. 9 des Gesetzes vom 5. Februar 1851 keine Anwendung auf Gemeindediener finde. Dieß ergebe sich noch insbesondere aus der Schlußbestimmung des angeführten §. 9, nach welcher die Genehmigung des großh. Staatsministeriums zu einer Anklage gegen die dort erwähnten öffentlichen Diener erfordert werde, während doch die Gemeindediener nicht unter dem großh. Staatsministerium als höherer Dienstbehörde stünden; weßhalb unter den öffentlichen Dienern des §. 9 nicht die Gemeindediener, sondern lediglich die patentirten Staatsdiener verstanden werden könnten. Ueberdieß handle es sich gar nicht um ein Amtsvergehen und nicht um ein gemeines Verbrechen im Sinne des §. 703 des St.G.B., sondern nur um das Privatedikt der Verleumdung und Ehrenkränkung.

Der Richter I. Instanz ging jedoch von seiner Vorverfügung nicht ab und das betreffende Hofgericht verwarf die dagegen erhobenen Beschwerden aus folgenden Gründen:

Beschluß.

1) In Erwägung, daß die Ankläger gegen den Beschluß des großh. Bezirkamts ...., womit ihnen überlassen wurde, vorerst die Zustimmung der vorgesetzten Dienstbehörde der Angeklagten zur Erhebung der Anklage einzuholen, den Rekurs oder die Beschwerdeführung ergriffen haben;

In Erwägung, daß das zuletzt genannte Rechtsmittel

gegen jenen in der Sache nicht endlich entscheidenden Beschluß zulässig ist;

In Erwägung jedoch, daß die Anklage wegen einer Verläumdung oder Ehrenkränkung erhoben ist, welche die Angeklagten als Mitglieder des Gemeinderaths zu .... in einem an das großh. Bezirksamt .... erstatteten dienstlichen Berichte gegen die Ankläger begangen haben sollen;

In Erwägung, daß eine von einem öffentlichen Diener in Mißbrauch seines Amtes begangene Ehrenkränkung oder Verleumdung nach dem ausdrücklichen, durch seine Hinweisung auf Titel IX. bis XLVIII. auch die gemeinen Verbrechen der Ehrenkränkung und Verleumdung begreifenden §. 703 des St.G.B. ein Amtsverbrechen ist;

In Erwägung, daß durch den mit §. 703 in demselben Titel XLIX. stehenden und diesen eröffnenden §. 657 unter die öffentlichen Diener, welche sich eines Amtsverbrechens schuldig machen können, auch die Diener der Gemeinden gezählt sind;

In Erwägung, daß hinsichtlich aller öffentlichen Diener, deren Begriff hiernach durch den angeführten §. 657 aufgestellt ist, ohne Unterschied in §. 9 des Gesetzes vom 5. Februar 1851 bestimmt ist, daß deren strafgerichtliche Verfolgung wegen eines Amtsverbrechens, wie ein solches hier durch die Anklage behauptet ist, auch auf Antrag eines Betheiligten nur mit Genehmigung des großh. Staatsministeriums statt finden kann, wenn nicht — wie hier nicht geschah — die zuständige Dienstbehörde selbst sie veranlaßt oder zugibt;

In Erwägung, daß diese allgemeine und mit unzweideutigen Worten gegebene Bestimmung daher nach §. 657 auch auf Gemeindebeamte angewendet werden muß, und von dem großh. Bezirksamt mit Recht angewendet wurde.

Aus diesen Gründen u. s. w.

Die Ankläger richteten nun ein Gesuch um Ertheilung der Genehmigung zur gerichtlichen Verfolgung der Angeklagten wegen Verläumdung und Ehrenkränkung an das vorgesetzte Bezirksamt als Verwaltungsbehörde, welches diese Genehmigung deßhalb ertheilte, weil die Angeklagten zu der fragl. Bemerkung gar nicht veranlaßt gewesen seien.

Gegen diesen Erlaß des Bezirksamts erhoben aber die Angeklagten Beschwerde bei der betreffenden Kreisregierung, welche nachstehende Verfügung erließ:

In Erwägung, daß gegen die Verfügung des großh. Bezirksamts .... vom ... womit dasselbe in seiner Eigenschaft als die dem Gemeinderath zu .... zunächst vorgesetzte Dienstbehörde zur Einleitung der gerichtlichen Untersuchung gegen die Mitglieder des dortigen Gemeinderaths wegen Ehrenkränkung der rubrizirten Ankläger im Dienste die nach §. 9 des Einf.-Gesetzes vom 5. Februar 1851 erforderliche Genehmigung ertheilt hat, wovon aber den Angeklagten keine Eröffnung gemacht wurde, in Gemäßheit des §. 3. 4. 13a. der Rekursordnung vom 14. März 1853 und §. 152 der Gemeindeordnung der Rekurs an die diesseitige Stelle zuläßig ist.

In Erwägung, daß zwar die in dem Berichte des Gemeinderaths zu .... enthaltene Bemerkung über das politische Verhalten der Ankläger ganz abgesehen von der Frage ihrer Richtigkeit unpassend gewesen ist, weil für die Entscheidung des damaligen Streites jenes Verhalten nicht von Erheblichkeit sein konnte, daß aber jene im Dienste gemachte Bemerkung durch eine dienstpolizeiliche Rüge gebührend und hinreichend zu ahnden war, wird der von Bürgermeister .... im eigenen Namen und im Namen der übrigen Mitglieder des großh. Gemeinderaths zu .... gegen die gedachte amtliche Verfügung anher ergriffene Rekurs unter Verfällung der Ankläger in die Kosten für begründet erklärt und erkannt, daß die strafgerichtliche Verfügung der Rekurrenten wegen des obengedachten Vergehens nicht stattfinden dürfe.

Zugleich wird aber dem Bürgermeister .... und den übrigen Mitgliedern des Gemeinderaths das Ungeeignete der fraglichen Bemerkung in dem gemeinderäthlichen Berichte von Dienstpolizei wegen verwiesen.

Gegen diese Entscheidung der großh. Kreisregierung ergriffen die Ankläger den Rekurs an großh. Ministerium des Innern. Sie beschwerten sich

1) darüber, daß ein Rekurs der Angeklagten überhaupt zugelassen worden sei;
2) darüber, daß ein abänderndes Erkenntniß ergangen sei, ohne daß den Anklägern die Rekursrechtfertigung der Angeklagten zur Vernehmlassung mitgetheilt worden, ja ohne daß sie auch nur Kenntniß von einem Rekurs ihrer Gegner erhalten hätten;
3) darüber, daß der Rekurs der Angeklagten für begründet erklärt und wie geschehen erkannt worden sei.

Zur Rechtfertigung dieser Beschwerden bemerkten die Ankläger und zwar:

Zu 1:

Die Verfügung des Bezirksamts ...., durch welche die Genehmigung zur Einleitung einer gerichtlichen Untersuchung ertheilt worden, sei keine solche Verfügung oder Entscheidung, von welcher die Recursordnung vom 14. März 1833 handle; dieselbe enthalte vielmehr den Ausspruch einer vorgesetzten Dienstbehörde, daß einer, gegen ihr untergeordnete Diener erhobenen Anklage kein Staatshinderniß im Wege stehe. (Vergl. §. 9 des Gesetzes vom 5. Februar 1851 und Bekk's Anmerkungen dazu.)

Eine solche, lediglich im öffentlichen Interesse ertheilte Entscheidung könne aber den untergeordneten Dienern keinen Anlaß zum Gebrauch von Rechtsmitteln geben, da sie weder mit ihren Gegnern und noch weniger mit der ihnen vorgesetzten Dienstbehörde darüber zu rechten hätten, ob durch ihre gerichtliche Verfolgung ein Staatsinteresse verletzt werde oder nicht.

Wollte man gegen solche Genehmigungen, wie die vorliegende, einen Instanzenzug zulassen, so würde das Interesse des gerichtlich zu verfolgenden Dieners an die Stelle des Staatsinteresse gesetzt werden, und es würde gerade das eintreten, was der Gesetzgeber vermeiden wollte und was insbesondere in der Anwendung des Gesetzes vermieden werden sollte.

Die Zulässigkeit des Recurses lasse sich auch nicht durch Berufen auf §. 152 der Gemeinde-Ordnung rechtfertigen, weil es keine Gemeinde-Angelegenheit, sondern lediglich eine Privat-Angelegenheit für die streitenden Theile sei, ob die erhobene Anklage ihren Fortgang haben solle oder nicht und bei der ertheilten Genehmigung nur das Staatsinteresse und nicht irgend ein Gemeindeinteresse habe maßgebend sein können.

Zu 2:

beriefen sich die Ankläger auf die klaren Bestimmungen der §§. 6 und 10 der Recursordnung in Verwaltungssachen.

Zu 3:

werde durch die Entscheidung der großh. Kreisregierung, daß die von den Angeklagten „im Dienste gemachte Bemerkung" (welche Gegenstand der erhobenen Anklage geworden war) „durch eine dienstpolizeiliche Rüge gebührend und hinreichend zu ahnden war" — offenbar dem Erkenntniß des Strafrichters vorgegriffen, welcher allein darüber zu entscheiden habe, ob in der erwähnten Bemerkung eine Verleumdung oder eine Ehrenkränkung liege, welche gerichtlich zu verfolgen sei oder nicht. Wie Bekk (in den oben erwähnten Anmerkungen) ganz richtig bemerke, beruhe die Bestimmung des §. 9 des Gesetzes vom 5. Februar 1851 lediglich auf der Voraussetzung, daß ja die höhere Dienstbehörde „die Amtshandlung selbst angeordnet oder gebilligt haben könne," und daß daher, — wollte man die richterliche Thätigkeit ganz unbedingt, d. h. ohne die Ermächtigung der höheren Dienstbehörde eintreten lassen — „der gewöhnliche Richter über die Rechtmäßigkeit eines eigentlichen Regierungsaktes zu erkennen hätte," während doch ein solches Erkenntniß dem Richter nicht zustehen könnte. (Vergl. auch den Commissionsbericht der II. Kammer über die Gesetzesvorlagen der Einführung des Strafgesetzbuchs u. s. w. zu §. 129 des besonderen Entwurfs in den Verhandlungen der Ständeversammlung vom Jahr 1850/51, insbesondere der II. Kammer 7. Beilagenheft S. 228.) Nun billige aber die großh. Kreisregierung selbst die Bemerkung nicht, welche Anlaß zu der erhobenen Anklage gegeben, es werde daher auch keiner Ausführung bedürfen, daß in derselben kein angeordneter oder gebilligter Regierungs-Akt gefunden werden könne, bei dem es sich der Mühe lohnte, zu untersuchen, ob man dem Recht seinen Lauf lassen solle oder nicht.

Die großh. Staatsregierung habe in ihrem Entwurf für den Fall, daß ein öffentlicher Diener gerichtlich verfolgt würde, nur dem großh. Staatsministerium das Recht vorbehalten wollen, eine solche Verfolgung im öffentlichen Interesse für unstatthaft zu erklären und einzustellen (Verhandlungen der Ständeversammlung vom Jahr 1850/51, insbesondere der II. Kammer 7. Beilagenheft S. 5); ein Staatsinteresse, welches gebiete, die hier vorliegende, wegen eines blosen Privatedikts eingeleitete Verfolgung der Mitglieder des Gemeinderaths von .... einzustellen, lasse sich aber gar nicht denken.

Endlich dürfe nicht übersehen werden, daß es noch sehr zweifelhaft erscheine, ob zu der vorliegenden gerichtlichen Verfolgung überhaupt eine Genehmigung der höheren Dienstbehörde erforderlich war, und daß jeden Falls ein auf erhobene Beschwerde der Angeklagten nachträglich ertheilter Verweis nicht mehr als Genugthuung für die Ankläger betrachtet werden könne, nachdem der Bericht des Gemeinderaths von ...., welcher die beleidigende Bemerkung enthält, in der früher verhandelten Gemeindeangelegenheit

sowohl dem Amt .... wie der großh. Kreisregierung selbst vorgelegen, ohne daß jene Bemerkung gerügt worden sei.

Das großh. Ministerium des Innern verwarf aber den Rekurs der Ankläger aus den im Bericht der Kreisregierung angeführten Gründen, welche den Anklägern nicht bekannt geworden sind.

Soiron.

II.

Ist die Aufstellung der Adhäsionsbeschwerden in der Tagfahrt zur mündlichen Verhandlung auch dann noch zuläßig, wenn eine Vernehmlassung auf die Appellationsbeschwerdeschrift eingereicht worden ist?

(P.O. §. 1161. 1169. 6. 1170.)

Nach §. 1122 der P.O. begründet die Anmeldung eines Rechtsmittels von der einen Partei für ihren Gegner die Befugniß, sich anzuschließen, und so dieses Rechtsmittel, ungeachtet er solches innerhalb der Nothfristen nicht ergriffen hat, ebenfalls zu gebrauchen, jedoch nur über dieselben Streitpunkte.

Nach §. 1159 der P.O. macht der Appellat dieses Recht der Anschließung dadurch geltend, daß er eigene Beschwerden nach den im §. 1163 enthaltenen Vorschriften gegen die nämlichen Theile des Urtheils aufstellt, gegen welche der Appellant die Appellation angemeldet und nachdem der Appellant zuerst seine Beschwerden aufgestellt hat. §. 1160 P.O.

Wenn der Appellat eine Vernehmlassung einreicht, so kann er zufolge §. 1169. Ziff. 6 der P.O. die Aufstellung der Anschließungsbeschwerden damit verbinden.

Nach §. 1161 vergl. mit dem zweiten Absatz des §. 1170 der P.O. ist das Recht der Anschließung erloschen, wenn nicht spätestens in der zur mündlichen Ausführung der Beschwerden bestimmten Gerichtssitzung die (schriftliche) Beschwerdeaufstellung erfolgt.

In dieser Sitzung kann also sowohl bei Versäumung der schriftlichen Vernehmlassung als auch dann, wenn eine Vernehmlassung gar nicht abzugeben ist, die Aufstellung der Anschließungsbeschwerden noch beigebracht werden; jedoch fällt dem Appellaten der Mehrbetrag der wegen der Verspätung entstehenden Kosten zur Last.

Wie ist es aber, wenn eine Appellationsvernehmlassung eingereicht und darin die Aufstellung eigener Beschwerden unterlassen wird? Kann auch in diesem Fall die Aufstellung der eigenen Beschwerden noch in der zur mündlichen Ausführung der Appellationsbeschwerden bestimmten Gerichtssitzung erfolgen?

Beff, über Mündlichkeit und Schriftlichkeit im Archiv für die badische Rechtspflege 3. Bd. S. 84. Ziff. 1 scheint dies nicht für zuläßig, sondern nach Note 61 die nachträgliche Aufstellung der Adhäsionsbeschwerden in der Verhandlungstagfahrt nur bei Versäumung der ganzen Vernehmlassung für erlaubt zu halten.

Dr. Zentner in den Erläuterungen über die Rechtsmittel, zweite Auflage, S. 110. 111 hält dagegen die Einbringung einer Anschließungsbeschwerde auch noch nach der Einreichung einer Vernehmlassung für zuläßig.

Nach derselben Ansicht hat neulich das großh. Hofgericht des Unterrheinkreises (III. Senat) durch Stimmenmehrheit in einem Falle erkannt, wo eine Appellationsvernehmlassung abgegeben und in dieser das Gesuch um Bestätigung des untergerichtlichen Erkenntnisses ausdrücklich gestellt war.

Die Aufstellung der Adhäsionsbeschwerden kann entweder selbstständig erfolgen und dann spätestens in der Tagfahrt zur mündlichen Verhandlung oder sie kann mit der Vernehmlassung auf die Appellationsbeschwerdeschrift verbunden werden.

Wo eine solche Vernehmlassung eingereicht wird, sollen die Adhäsionsbeschwerden mit derselben verbunden werden; wenn jene versäumt würde, dürfen diese ebenso wie da, wo eine Vernehmlassung gar nicht abzugeben ist, in der Tagfahrt zur mündlichen Verhandlung nachgebracht werden.

Nun schreibt zwar §. 1169 der P.O. allerdings vor, die Vernehmlassung müsse im Falle der Anschließung die Aufstellung der eigenen Beschwerden enthalten und hieraus könnte man folgern, daß, so oft eine Vernehmlassung eingereicht wird, die Adhäsionsbeschwerden nothwendig in derselben aufgestellt werden müssen. Allein es läßt sich nicht absehen, warum dieser selbstständige Bestandtheil der Vernehmlassung da, wo eine solche eingereicht wird, nicht ebenso nachgebracht werden dürfte, als wenn eine Vernehmlassung eingereicht werden sollte aber versäumt ward, da doch in den Fällen, in welchen eine

Vernehmlassung nicht erhoben wird, dem Appellaten Bedenkzeit bis zur Verhandlungstagfahrt gestattet ist.

Wegen dieser Begünstigung des Adhäsionsrechts lassen sich die Grundsätze über Versäumnisse im ersten Verfahren zur Feststellung des Streitgegenstands hier nicht anwenden, wo die Regel des L.R.S. 6k. für die mildere Ansicht entscheiden wird, weil es die Absicht des Gesetzes ist, dem Appellaten den Gebrauch des Rechtsmittels der Anschließung zu gestatten, ungeachtet er solches innerhalb der Nothfristen nicht ergriffen hat.

Man wird hierbei wohl auch geltend machen dürfen, daß, wo es nicht unabwendbar ist, die Formen nie dem materiellen Rechte als Schranke entgegengestellt werden sollten!

Erscheint aber diese Ansicht gerechtfertigt, so kann es auf das Gesuch in der Vernehmlassung nicht ankommen, welche als solche stets, auch wenn jenes nicht ausdrücklich darin enthalten sein sollte, auf ein bestätigendes Erkenntniß abzielen wird, während das Gesuch der Adhäsionsbeschwerde nothwendig auf Abänderung des unterrichterlichen Urtheils zu Gunsten des Appellaten lauten muß. §. 1123 P.O. So wie es nun zulässig wäre, auf die unter Ziff. 1—5 des §. 1169 der P.O. bezeichneten Bestandtheile der Vernehmlassung gegenüber der Beschwerdeaufstellung des Appellanten das Gesuch um Bestätigung zu stellen und demungeachtet eine Adhäsionsbeschwerde mit dem Gesuch um Abänderung folgen zu lassen, ebenso müssen diese verschiedenen Gesuche auch dann zulässig sein, wenn sie nicht beide in der Vernehmlassung nach einander vorgetragen sind, sondern dem einen in der Vernehmlassung vorgetragenen, auf die Appellationsbeschwerden bezüglichen, das andere mit den Adhäsionsbeschwerden, auf welche es gestützt ist, erst nach einiger Zeit nachgeschickt wird.

Allerdings muß anerkannt werden, daß durch die Verschiebung der Aufstellung der Adhäsionsbeschwerden bis zur Verhandlungstagfahrt Störungen veranlaßt werden können; diese können aber ebenso eintreten, wenn eine Vernehmlassung nicht erhoben, als wenn die Aufstellung der Adhäsionsbeschwerden von der Vernehmlassung getrennt wird, und wenn sie im ersten Falle hingenommen werden müssen, so können sie im zweiten keinen Grund gegen die Zulassung der nachträglichen Adhäsionsbeschwerden abgeben.

Eff.

III.

Ueber die Rechtswirkung ausländischer Civil-Urtheile.

Ein Urtheil in bürgerlichen Streitsachen hat nach beschrittener Rechtskraft dreierlei Wirkungen, nämlich:

1) es erzeugt kraft L.R.S. 1350. 1351. 1352 eine gesetzliche Vermuthung, welche den, zu dessen Vortheil sie eintritt, von allem Beweis befreit;
2) es gibt dem, für den es ergeht, das richterliche Unterpfandsrecht, welches durch Eintrag zu Pfandbuch gesichert in der dritten, und ohne solchen Eintrag in der vierten Ordnung der concurrirenden Gläubiger zur Befriedigung kommt; L.R.S. 2123. 2218a. Z. 3. 4;
3) seine Bestimmungen sind so vollziehbar, daß nöthigenfalls das Vollstreckungsverfahren zur Anwendung kommt. — P.O. Tit. XLI. L.R.S. 2204 ff. Daß bezüglich der beiden letzten Folgen die Rechtskraft nicht immer erforderlich ist (Stabel, Pfandrecht §. 9 Ziff. 1. P.O. §. 1135. 661. 684. 704. 786. 807. 931), bedarf hier nur der Andeutung.

Diese wichtigen Wirkungen (von denen das richterliche Unterpfand sogar eine Eigenthümlichkeit der Napoleonschen und allen andern Gesetzgebungen fremd ist) den Urtheilen ausländischer Gerichte unbedingt einzuräumen, geht nicht an, da hiezu genügende Bürgschaften gegen Beeinträchtigung der eigenen Gerichtsbarkeit (z. B. Art. 14 C. Nap., welcher für Baden durch Verordnung vom 10. Februar 1815 in Reg.-Bl. No. II. S. 5 aufgehoben ist), ferner Garantieen für die Güte der ausländischen Rechtspflege und für die schon nach L.R.S. 11 nothwendige Rechtsgleichheit in Behandlung der eigenen Staatsangehörigen vor fremden Gerichten erforderlich sind. Die längst wieder vom Schauplatz abgetretenen Grundrechte (Reg. Bl. 1849 No. II.) wollten diese Bedenken wenigstens für die Urtheile deutscher Gerichte kurzweg beseitigen, indem deren §. 50 bestimmt:

„Rechtskräftige Urtheile deutscher Gerichte sind in allen deutschen Landen gleich wirksam und vollziehbar", allein auch dort findet sich der bedeutsame Nachsatz: „Ein Reichsgesetz wird das Nähere bestimmen".

Im Geiste der Tendenz, welche dem Art. 14 des C. Nap. zu Grund liegt, verweigern die französischen Gerichte, sofern nicht ein Staatsvertrag besteht, den Urtheilen des Auslands jede Wirkung und legen selbst die Be-

schrift des Art. 2123 C. Nap. dahin aus, daß stets eine auf eingehende Erörterung der Sache selbst gebaute vollständige Prüfung des ausländischen Urtheils einzutreten habe. Gilbert, Note 25 zu Art. 1351 und Note 49 zu Art. 2123 C. Nap. Einen glücklichen Mittelweg hat unsere Gesetzgebung eingeschlagen, indem sie den L.R.S. 14 beseitigte und den Grundsatz des L.R.S. 2123 auf billige Weise weiter ausbildete. Dieser Grundsatz, daß nämlich Urtheile, welche im Ausland ergangen sind, richterliches Unterpfand nur dann begründen, wenn ihnen entweder durch Staatsverträge oder Staatsgesetze dies Recht verliehen (L.R.S. 11), oder aber wenn sie von einem inländischen Gericht vollziebbar erklärt worden sind, ist ganz richtig, da bei Erlassung von Gesetzen und bei Abschluß von Verträgen das Vorhandensein der nöthigen Garantieen bezüglich eines Staats im Allgemeinen constatirt wird, und bei Ertheilung der Vollziehbarkeitserklärung das Gericht im einzelnen Falle sich die nöthige Gewißheit hierüber verschaffen kann. Hinsichtlich der Vollziehbarkeitserklärung bedurfte es, damit hiebei weder zu streng noch zu mild verfahren werde, der Festsetzung bestimmter Regeln, die Obergerichtsordnung vom 20. Januar 1803 übergeht in §. 222—230 die Frage wegen Vollstreckung ausländischer Urtheile mit Stillschweigen, dagegen gibt die Rechtsbelehrung vom 24. Juni 1812 (Reg. Bl. No. 20) einige ungenügende Vorschriften.

In Uebereinstimmung mit diesem Grundsatz hat nun die P.O. zunächst in §. 918 verfügt, daß die Vollstreckung der Urtheile ausländischer Gerichte nach Maas der bestehenden Staatsverträge und, wenn keine solche geschlossen sind, nach Maas der über Vollstreckung der Urtheile des betreffenden Staats auf den Grund der Gegenseitigkeit erlassenen Vorschriften der Regierung geschieht, dadurch ist denn auch die Streitfrage beseitigt, ob unter den Staatsgesetzen des L.R.S. 2123 nur die mit den Landständen vereinbarten Gesetze verstanden werden dürfen, (oberhofgerichtliche Jahrbücher n. F. Bd. II. S. 427. Thilo, Prozeß-Ordnung zu §. 951 Note 2. 3 und *) und ist die Zulässigkeit von Regierungsverordnungen der bezeichneten Art förmlich sanktionirt. Uebrigens dürfte die Rücksicht auf die bei Verkündung des Landrechts übliche Gesetzessprache und der Hinblick auf L.R.S. 11 auch für die der alten P.O. (1. Mai 1832) vorhergegangene Zeit zu demselben Ergebniß führen.

Für den Fall, daß weder ein Staatsvertrag noch eine solche Regierungsvorschrift besteht, behält es sein Bewenden bei der Nothwendigkeit der Vollziehbarkeitserklärung und soll diese zufolge P.O. §. 919. 920 von den badischen Gerichten je nach Verschiedenheit der Sachlage ausgesprochen werden, wenn die näher bestimmten Voraussetzungen vorhanden sind. Wird nämlich von einem ausländischen Gerichte das Ersuchen um Vollstreckung eines Urtheils gestellt, so ist zu unterscheiden, ob derjenige, gegen welchen die Vollstreckung eintreten soll, ein Angehöriger des Staats ist, von dessen Gerichte das Urtheil gesprochen wurde, oder nicht. P.O. §. 919 Ziff. 1 und §. 920 spricht zwar nur vom Beklagten, allein §. 919 Ziff. 2. 3 erwähnt die Parteirolle nicht, weßhalb jene andere Fassung eben daraus zu erklären ist, daß man den gewöhnlichen Fall vor Augen hatte, und somit muß selbstverständlich das Gleiche gelten, wenn nicht gegen den Beklagten, sondern gegen den Kläger wegen Ersatz der Prozeßkosten des Gegners die Vollstreckung nachgesucht wird. Ist nun die betreffende Partei ein Angehöriger des Staats, dessen Gericht geurtheilt hat, so wird dieselbe einvernommen, was zu dem Zwecke und nur zu dem Zwecke geschieht, um die in §. 920 bezeichnete Einrede vorschützen zu können. Diese Einrede ist zulässig, wenn der Prozeßgegner ein Ausländer ist, so muß aus den obigen Gründen die Bezeichnung „Kläger" in §. 920 ausgelegt werden; Zweck derselben ist die Wahrung der Reciprocität (L.R.S. 11), und deßhalb besteht sie in der Behauptung, daß von dem auswärtigen Staate, dessen Gericht das Urtheil gefällt hat, eine gleiche Willfährigkeit bei Vollstreckung von Urtheilen badischer Gerichte nicht beobachtet werde. Als Folge der Einrede tritt eine Beweisauflage an den Prozeßgegner ein, wonach er darthun muß, daß der ausländische Staat in ähnlichen Fällen die Urtheile der badischen Gerichte ebenfalls vollziehe. Ist der Prozeßgegner ein Inländer, so findet die Einrede nicht statt, da kein Grund vorliegt, die einem Badner von ausländischen Gerichten eingeräumten Rechte zu beschränken.

Wird der erforderliche Beweis nicht geliefert, so ist der Urtheilsvollzug zu verweigern; andernfalls und ebenso wenn die Einrede nicht vorgebracht werden konnte oder nicht geltend gemacht wurde, wird die Vollstreckung des ausländischen Urtheils so vorgenommen, als wäre die Vollstreckbarkeit von einem inländischen Gerichte erklärt.

Statt der Beweisauflage hatte der Entwurf der Prozeßordnung in §. 954 vorgeschrieben, daß Zweifel über die Reciprocität durch Einholung einer Entschließung des

großh. Justizministeriums zu lösen seien, allein später wurde dieser §. 954 gestrichen und §. 953 (jetzt §. 920) in seine dermalige Fassung umgeändert. — Thilo, Note zu §. 953; Weiler, Motive S. 84.

Ist das Ersuchen des ausländischen Gerichts um Urtheilsvollstreckung gegen eine Partei gerichtet, welche Inländer oder kein Angehöriger des Staats ist, dessen Gerichte das Urtheil gefällt haben, so sind beide Parteien vorzuladen, und derjenige, zu dessen Gunsten vollstreckt werden soll, hat darzuthun, daß, nach inländischen Gesetzen beurtheilt, die fremde Gerichtsbarkeit begründet war, und daß nach Maßgabe der bei dem urtheilenden Gerichte geltenden Gesetze das Urtheil Rechtskraft erlangt hat. Daß dieser Partei der fragliche Nachweis obliegt, sagt §. 919. Z. 2 nicht, allein es folgt aus P.O. §. 910. 362. Die andere Partei kann nicht allein bezüglich jener Punkte Widerspruch einlegen und Vertheidigungsmittel benützen, sondern sie ist auch befugt, die Einrede des §. 920 unter den Voraussetzungen, in der Weise und mit den Folgen, wie sie eben erörtert wurden, vorzutragen. Wird von der Einrede kein Gebrauch gemacht, oder wird sie widerlegt, und ist Competenz und Rechtskraft dargethan, so tritt die Vollstreckung ein, andernfalls aber ist das Ersuchen zurückzuweisen.

Wenn das Vollstreckungsgesuch nicht von dem ausländischen Gerichte, sondern von einem Betheiligten gestellt wird, so ist von demselben mit dem Vortrag dieser Bitte eine Ausfertigung des Urtheils vorzulegen. Diese muß von einer inländischen öffentlichen Behörde gehörig legalisirt worden sein, da sie sonst zufolge P.O. §. 399 nicht als Urtheil gelten kann; denn fällt auch in dem vorigen Falle des unmittelbaren Verkehrs der Gerichte dies Erforderniß hinweg (oberhofgerichtliche Jahrb. n. F Bd. VII. S. 165), so ist doch hier streng darauf zu bestehen, indem es eine keineswegs überflüssige Garantie verschafft. Auf eine solche gehörig belegte Vollstreckungsbitte werden sodann beide Theile vorgeladen, und soll, wie §. 919. Z. 3 sagt: „unter gleicher Voraussetzung“ die Vollstreckung verfügt werden. Zwar führt die Fassung dieser Gesetzesstelle eher zu der Ansicht, daß darin die Voraussetzungen von Z. 2 bezeichnet werden wollten, allein die Motive der Regierung und der landständische Commissionsbericht (Weiler a. a. O. Thilo Note 1 zu §. 952) unterscheiden den Fall, wenn der, gegen welchen die Vollstreckung eintreten soll, dem Staate des urtheilenden Gerichts angehört, ganz allgemein von den anderen Fällen, und es liegt kein Grund vor, das von der Partei selbst gestellte und das durch Vermittlung des urtheilenden Gerichts in einem Ersuchschreiben vorgetragene Vollstreckungsgesuch in diesen Punkten verschieden zu behandeln, daher sind die Worte in §. 919. Z. 3 „unter gleicher Voraussetzung“ so zu verstehen, daß je nach Verschiedenheit des Falls die Voraussetzungen von Z. 1 oder von Z. 2 erforderlich sind. Nur wird es zufolge P.O. §. 910 dem anrufenden Theil immer obliegen, darzuthun, daß nach dem betreffenden ausländischen Gesetze das Urtheil entweder die Rechtskraft erlangt hat, oder ohne diese vollziehbar ist, denn die Partei-Bitte hat nicht die Vermuthung der Legalität für sich, welche im Falle von §. 919. Z. 1 diesen Nachweis entbehrlich macht. Im Uebrigen kommen die Erörterungen über Z. 1 u. 2 von §. 919 auch hier zur Anwendung.

Das Verfahren zum Zwecke der Vollziehbarkeitserklärung und das in Folge derselben eintretende Vollstreckungsverfahren richten sich gemäß L.R.S. 3a. lediglich nach den badischen Prozeßgesetzen und es ist daher das Ersuchen und die Bitte um Vollstreckung bei einem der Gerichte anzubringen, in dessen Bezirke sich das Vermögen des Schuldners befindet; (P.O. §. 41. 916) bei der Vorladung und Beweisauflage ist P.O. §. 604 ff. maßgebend; bezüglich der Rechtsmittel gelten die gewöhnlichen Bestimmungen, und gegen Verwerfung der Vollstreckungsbitte ist beim Vorhandensein der Summe die Appellation zulässig (P.O. §. 1125); die Vollstreckung geschieht nach P.O. Tit. 41, L.R.S. 2204 ff., und auch die Vorschrift des §. 917 P.O. ist mit den durch §. 919. 920 gebotenen Modificationen anwendbar.

Diese Vorschriften der Prozeßordnung sind zwar nur für die Vollstreckung ausländischer Urtheile gegeben, allein schon nach dem Wortlaute von L.R.S. 2123. Abs. 4 kann es keinem Zweifel unterliegen, daß gleich der Vollstreckung auch richterliches Unterpfandsrecht für ein ausländisches Urtheil nur in sofern angesprochen werden kann, als ein Staatsvertrag oder eine Regierungsverordnung es gestattet, oder als die Vollziehbarkeitserklärung von einem badischen Gerichte ausgesprochen worden ist. Letzeres geschieht nach Maaßgabe der Prozeßordnung, (Stabel, Pfandrecht §. 9. S. 15) jedoch ist dabei ein Nachweis der Rechtskraft nicht erforderlich, weil es deren für diese Wirkung des Urtheils nicht bedarf. (Vergl. Art. 3 des Staatsvertrags mit Frankreich in Reg.-Bl. 1846 No. XXIV.) Daraus folgt, daß die zum Zwecke

der Vollstreckung erwirkte Vollziehbarkeitserklärung jedesmal zugleich auch die Folge hat, daß das ausländische Urtheil richterliches Unterpfandsrecht begründet.

So lang die im einzelnen Fall nöthige Vollziehbarkeitserklärung nicht erwirkt worden ist, tritt das richterliche Unterpfandsrecht nicht ein, weßhalb deren Datum maßgebend, deren Nachholung während der Gant wirkungslos und bezüglich der Concurrenz von Gläubigern im Vollstreckungsverfahren vor der Vertheilung des Erlöses geschehen muß. L.R.S. 2146. 2218a. Ziff. 4. P.O. §. 794. Verordnung über den Dienst der Vollstreckungsbeamten §. 128. Reg.-Bl. 1851. S. 735.

Hinsichtlich der weitern Wirkung eines Urtheils, nämlich der gesetzlichen Vermuthung, ist vor Allem hervorzuheben, daß durch die allgemeine Fassung von L.R.S. 1350. Ziff. 3 keineswegs ausländische Urtheile den inländischen gleichgestellt sind, sondern vielmehr nach dem Geiste unseres Gesetzbuchs (L.R.S. 3. Abs. 2. L.R.S. 11—16) jene Stelle lediglich auf die Entscheidungen inländischer Gerichte zu beziehen ist. Ungeachtet dessen muß aber einem ausländischen Urtheile die Wirkung, eine gesetzliche Vermuthung zu erzeugen, im Hinblicke auf P.O. § 918 bis 920 und L.R.S. 2123. Abs. 4 unter den nämlichen Bedingungen eingeräumt werden, unter welchen es vollstreckt werden darf, besonders da in Art. 2 der Staatsverträge mit Würtemberg und Hohenzollern-Sigmaringen (Reg.-Bl. 1825. No. XXXII. 1827. No. XXI.) und in Art. 3 des Staatsvertrags mit Frankreich (Reg.-Bl. 1846. No. XXIV.) ausdrücklich gesagt ist, daß die Urtheile von Gerichten dieser Staaten unter gewissen Voraussetzungen in Baden die exceptio rei judicatae begründen. Auch diese Wirkung kann also für ein ausländisches Urtheil auf Grund von Staatsverträgen und Regierungsverordnungen in Anspruch genommen werden, in deren Ermanglung aber tritt sie erst in Folge der nach Maaßgabe der P.O. erwirkten Vollziehbarkeitserklärung ein. Nachweis der Rechtskraft ist natürlich hier immer nöthig. Ist im angegebenen Falle die Vollziehbarkeitserklärung nothwendig, so kann die Bitte um deren Ertheilung mit dem Vortrage der exceptio rei judicatae verbunden werden. P.O. §. 28. 641.

Ist zugleich um Vollstreckung gebeten, so gilt bezüglich der Gerichtszuständigkeit das oben Gesagte, andernfalls muß die Bitte um Vollziehbarkeitserklärung bei dem Gerichte angebracht werden, in dessen Bezirk die Liegenschaften des Schuldners sich befinden, auf welche richterliches Unterpfandsrecht geltend gemacht werden will, oder aber bei dem Gerichte, dessen Competenz nach den allgemeinen Regeln begründet ist. (Vergl. Art. 3. Abs. 2 des Staats-Vertrags mit Frankreich in Reg.-Bl. 1846. No. XXIV.)

Bezüglich aller drei Wirkungen ergibt sich für ausländische Urtheile aus L.R.S. 3 und §. 13 des VI. Constitutionsedikts die wichtige Beschränkung, daß, abgesehen von Erbschaften, Liegenschaften, auch jene nicht ausgenommen, welche Ausländer inne haben, in allen Fällen nach inländischen Gesetzen gerichtet werden, und bei Streitigkeiten über solche nur die inländischen Gerichte competent sind. (Stabel, Vorträge über den titre prél. §. 20. 21. Ebenso Hofgericht des Mittelrheinkreises, theilweise anderer Ansicht aber Oberhofgericht in Annalen XVIII. S. 211). Dieß gilt jedoch nur dann, wenn die Liegenschaft selbst der Gegenstand des Rechtsstreits ist, nicht aber auch dann, wenn zum Zwecke der Realisirung eines andern urtheilsmäßigen Anspruchs die Vollstreckung auf das unbewegliche Vermögen des Schuldners stattfinden soll. So ist in Art. 2 und 12 des Staatsvertrags mit Würtemberg und in Art. 12 des Staatsvertrags mit Hohenzollern-Sigmaringen die Zuläßigkeit der Hülfsvollstreckung auf Liegenschaften ausdrücklich anerkannt.

Dagegen bestimmt die über die Jurisdictionsverhältnisse zum Großherzogthum Hessen ergangene landesherrliche Verordnung vom 5. Mai 1813 (Reg.-Bl. No. XVII. S. 97) unter Z. 9 wegen der liegenschaftlichen Klagen, welche auf inländisches liegendes Vemögen Bezug haben, sie mögen eigentliche Realklagen sein, oder solche persönliche, die aus der Inhabung einer Liegenschaft entspringen, daß sie allein an badischen Gerichten angebracht werden dürfen, und den auswärts etwa darüber ausgewirkten Urtheilen keine Vollziehbarkeit in hiesigen Landen zukommen kann. Der gleiche Grundsatz ist in Art. 12. 18 der Verträge mit Würtemberg und Sigmaringen durch die Ausschließlichkeit des forum rei sitae und in Art. 22 durch das Beibehalten der statuta realia gewahrt worden.

Ebenso ist klar, daß für jedes ausländische Urtheil, welchem an und für sich die fragliche Beschränkung nicht entgegensteht, bei dem Vorhandensein der gesetzlichen Bedingungen das richterliche Unterpfandsrecht erworben werden kann und dann tritt regelmäßig eine Folge ausländischer Urtheile auf inländische Liegenschaften ein. (Schluß folgt.)

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXI. | No. 28. | Mannheim, 8. Juli 1854.

I.

Ueber die Rechtswirkung ausländischer Civil-Urtheile.

(Schluß.)

Alle die hier erörterten Voraussetzungen und Beschränkungen der Gültigkeit der ausländischen Urtheile können übrigens nur dann Platz greifen, wenn ein solches Urtheil im Großherzogthum vollstreckt werden soll, oder zum Behufe eines richterlichen Pfandrechts auf inländische Liegenschaften geltend gemacht, oder als Rechtswahrheit in inländischen Rechtsverhältnissen angerufen wird, mithin können ausländische Urtheile, soweit sie im Ausland auf dort gelegenes Vermögen vollzogen wurden, nicht vor den badischen Gerichten angefochten werden. Annalen XI. S. 37.

Zum Schlusse folge noch eine Zusammenstellung der Staatsverträge und Verordnungen, welche auf die hier erörterte Frage Bezug haben. Die ältesten Erscheinungen dieser Art sind die Staatsverträge mit dem ehemaligen Großherzogthum Würzburg vom 1. August 1810 (Reg.-Bl. No. XXXIV.) und mit dem ehemaligen Großherzogthum Frankfurt vom 20. Februar 1811 (Reg.-Bl. No. IX.) Ueber deren fortdauernde Gültigkeit bestanden verschiedene Ansichten (Annalen IX. S. 306. XII. S. 17. 61.), allein diese Controverse ist jetzt erledigt, da nach einem schriftlich ergangenen Generale des großh. Justizministeriums vom 10. März 1851, No. 2390—91 durch Staatsministerial-Entschließung vom 25. November 1850 No. 2331 ausgesprochen worden ist, daß die großh. Staatsregierung jene beiden Verträge als erloschen betrachte. Es kann daher auch deren Inhalt mit Stillschweigen übergangen werden. — In Wirksamkeit sind noch folgende Verträge und Verordnungen:

1) In Bezug auf das Großherzogthum Hessen ist durch landesherrliche Verordnung vom 5. Mai 1813 (Reg.-Bl. No. XVII.) unter Z. 11 vorgeschrieben, daß den großh. hessischen Urtheilen unbedingt die gleiche Vollziehbarkeit, wie den inländischen, zustehen soll, so lange dortseits die Reciprocität beobachtet wird, und daß daher im Executionsverfahren nur die gegen inländische Urtheile stattfindenden Einreden zuläßig sind, wovon allein die liegenschaftlichen Klagen, wie oben erwähnt, und unter gewissen Voraussetzungen die persönlichen Klagen gegen die in Baden und Hessen zugleich angesessenen Standes- und Grundherrn ausgenommen sind. Durch Justizministerial-Verordnung vom 14. April 1829 (Reg.-Bl. S. 81.) ist eine frühere Weisung zurückgenommen und verfügt worden, daß den von großh. hessischen Gerichten ergangenen Urtheilen auf amtliche Requisition alle jene Vollziehbarkeit zukomme, welche denselben durch die eben gedachte Verordnung zugestanden worden ist.

Dieß wurde jedoch neuerdings wieder beschränkt, indem nach einem schriftlichen Erlaß des großh. Justizministeriums vom 15. August, 1848 No. 7484. Die in Z. 11 der Verordnung vom 5. Mai 1813 gewährte Vollziehbarkeit nur unter der Voraussetzung ausgesprochen ist, daß aus dem betreffenden Urtheile des großh. hessischen Gerichts das Vorhandensein eines in der diesseitigen Prozeßordnung anerkannten Gerichtsstandes zweifellos ersichtlich ist.

2) Gegenüber Oestreich besteht die Vorschrift (Justizministerial-Verordnung vom 5. Januar 1819 in Reg. Bl. No. VII. S. 29), daß die Urtheile, welche von k. k. österreichischen competenten Gerichtsstellen, jedoch mit Ausnahme jener von Ungarn und Siebenbürgen, gegen diesseitige Unterthanen geschöpft werden, auf Ansuchen des urtheilenden Richters oder der Partie von den diesseitigen Gerichtsstellen in Vollzug gesetzt werden sollen. Die Gültigkeit dieser Verordnung wurde von dem

großh. Oberhofgerichte im Jahr 1834 anerkannt durch eine Entscheidung, welche in den oberhofgerichtlichen Jahrbüchern neue Folge Bd. II. S. 425 mitgetheilt ist. Die Competenz der österreichischen Gerichte soll zu Folge eines in den Annalen VIII. S. 228 und oberhofgerichtliche Jahrbücher neue Folge Bd. V. S. 15 veröffentlichten Generale des großh. Justizministeriums vom 15. Dezember 1837 von diesen nach der dortigen Gesetzgebung entschieden, und von dem requirirten Gerichte nicht nochmals geprüft werden, vielmehr sollen Zweifel, welche die Partei anregt oder das requirirte Gericht selbst hegt, ohne Parteiverhandlung durch Anfrage bei dem requirirenden Gerichte beseitigt, oder aber soll hierüber die Entschließung des großh. Justizministeriums eingeholt werden.

3) Mit Würtenberg ist über die Festsetzung der gegenseitigen Jurisdictionsverhältnisse der umfassende Staatsvertrag vom 30. Dezember 1825 abgeschlossen worden. (Reg.-Bl. 1825 No. XXXII.) Zufolge Art. 1 wird die Rechtskraft und Vollstreckbarkeit der richterlichen Erkenntnisse insofern anerkannt, als dieselben nach den nähern Bestimmungen des Staatsvertrags von einem beiderseits als competent anerkannten Gerichte ausgegangen sind. Gemäß Art. 2 begründet ein von einem zuständigen Gerichte erlassenes rechtskräftiges Erkenntniß vor dem Gerichte des andern Staates die exceptio rei judicatae mit denselben Wirkungen, als wenn es von einem Gerichte dieses Staats selbst gesprochen worden wäre; deßgleichen werden solche Erkenntnisse an den in dem andern Staate gelegenen Gütern des Verurtheilten unweigerlich vollstreckt, wenn durch gerichtliche Zeugnisse dargethan ist, daß in dem auswärtigen Staate, von dessen Gerichten erkannt worden ist, keine — auch der Zeit und den übrigen Verhältnissen nach gleich bereite und hinreichende Vollstreckungsmittel vorhanden seien, und wenn keine eigene Unterthanen mit Forderungen sich gemeldet haben, für welche ihnen an den zur Vollstreckung des fremdrichterlichen Erkenntnisses angewiesenen Sachen ein gleiches, oder vorzügliches Recht gesetzlich zusteht. Zum Zwecke der Realisirung des letzteren Vorbehalts soll im Falle einer Hülfsvollstreckung an Immobilien zuvörderst eine öffentliche Bekanntmachung und Aufforderung zur Anmeldung unter Anberaumung eines Präklusivtermins erlassen werden. — In Art. 3 versichern sich beide Staaten gegenseitige Rechtshülfe, soweit nicht der Vertrag besondere Einschränkungen enthält. — Welche Arten von Gerichtsstand als zulässig gelten, bestimmt Art. 4 bis 7, 12—21. Daraus ist hervorzuheben, daß auch das Erkenntniß gegen den Kläger, z. B. rücksichtlich der Erstattung der Gerichtskosten und dergleichen als rechtsgültig erkannt und vollzogen wird (Art. 4), ferner daß das forum rei sitae für alle Realklagen, auf Mobilien und Immobilien, ferner für alle actiones mixtae und actiones in rem scriptae, sowie für die possessorischen Rechtsmittel ausschließend gilt, vorbehaltlich der Ganten, und daß solche von dem Gericht der gelegenen Sache gesprochenen rechtskräftige Erkenntnisse von dem Richter des Wohnsitzes des Beklagten nach ihrem ganzen Inhalt anerkannt, und an den in dem Wohnort befindlichen Gütern soweit vollstreckt werden sollen, als die in dem anderen Staate gelegenen Güter des Sachfälligen unzureichend sind. (Art. 12 und 18). Auch ist in Art. 22 dem L.R.S. 3 Abs. 2 weiter Rechnung getragen, indem danach Rechtsgeschäfte über Realrechte, als die Uebertragung des Eigenthums, Bestellung von Hypotheken und dergleichen sich lediglich nach den Gesetzen des Orts richten, wo die Güter liegen, welche sie zum Gegenstand haben.

4) Ganz der gleiche Staatsvertrag ist mit dem Fürstenthum Hohenzollern-Sigmaringen vereinbart und am 29. September 1827 verkündet worden. (Reg.-Bl. 1827 No. XXI.) Die einzige Abweichung ist, daß in Art. 2 die Bestimmung über Erlassung einer öffentlichen Bekanntmachung und Aufforderung zu Anmeldungen fehlt. Nachdem jedoch die beiden hohenzollern'schen Fürstenthümer an Preußen übergegangen sind, erscheint die Fortdauer der Gültigkeit dieses Vertrags als zweifelhaft, ähnlich wie bezüglich der Verträge mit den Großherzogthümern Würzburg und Frankfurt; auch haben die in dem hohenzollern'schen Gebiete jetzt bestehenden preußischen Gerichte wenigstens bezüglich der Artikel über die Strafgerichtsbarkeit den Vollzug des Vertrags bereits verweigert.

5) Bezüglich Braunschweig besteht eine Verordnung des großh. Justizministeriums vom 19. Oktober 1850 (Reg.-Bl. No. L. S. 357), wodurch die Gerichte angewiesen sind, die rechtskräftigen Erkenntnisse herzogl. braunschweigischer Gerichte in bürgerlichen Streitsachen dann zu vollziehen, wenn die Zuständigkeit der letztern in dem einzelnen Falle, nach diesseitigen Gesetzen beurtheilt, außer Zweifel ist.

6) Den Vollzug civilrichterlicher Urtheile kurfürstlich hessischer Gerichte im Großherzogthum betreffend, ist unter Zurücknahme der Verfügung vom 24.

November 1826 (mitgeth. Thilo, Note 6 zu §. 951) durch Justizministerialverordnung vom 3. Juni 1853 (Reg.-Bl. No. XXII. S. 185) vorgeschrieben, daß die rechtskräftigen Erkenntnisse jener Gerichte nach der diesseitigen Vollstreckungsordnung vollzogen werden sollen, sofern nicht eine der nachgenannten Ausnahmen vorliegt, nämlich Unzuständigkeit des urtheilenden Gerichts nach badischem Gesetze, oder Verletzung der badischen Gesetze über dingliche Rechte, oder den Stand und die Rechtsfähigkeit der Personen, oder Ausdehnung des allgemeinen Gerichtsstandes des Concurses auf das im diesseitigen Gebiete befindliche Vermögen eines badischen Unterthanen, oder die bei einheimischen Gerichten bereits anhängigen Prozesse.

7) Durch schriftlichen Erlaß des großh. Justizministeriums vom 26. Mai 1826 No. 1767 ist hinsichtlich Bayern verfügt, daß sich nach den Vorschriften der angefügten bayerischen Verordnung vom 2. Juni 1811 im Wege des Reciprocums genau zu achten sei, falls um Vollziehung von Erkenntnissen bayerischer Gerichte nachgesucht werde. Jene bayerische Verordnung lautet:

§. 1. Der allgemeine Gerichtsstand des Wohnorts, und die besonderen Gerichtsstände der gelegenen Sachen, des Arrests, des Contracts, und der geführten Verwaltung werden anerkannt.

§. 2 und 3. Die Vollstreckung fremdrichterlicher Urtheile ist nur zulässig unter gewissen Voraussetzungen, welche und zwar meistens wörtlich identisch sind mit Z. 1 und 2 und Abs. 2 des Art. 2 im Staatsvertrag mit Würtemberg. (Reg.-Bl. 1825 No. XXXII.)

§. 4. Das Vollstreckungsgesuch ist bei dem betreffenden Obergericht unter Vorlage des Urtheils im Original oder in beglaubigter Abschrift anzubringen, und dieses hat zu prüfen, ob nach §. 1 von einem zuständigen Gerichte erkannt worden und das Urtheil rechtskräftig ist, worauf es nach Beobachtung der Förmlichkeiten der §§. 2 und 3 den Auftrag zur Hülfsvollstreckung an das betreffende Untergericht ertheilt.

§. 5. Der fremde allgemeine Gerichtsstand des Concurses erstreckt sich nicht auf inländische Güter des Schuldners oder die bei inländischen Gerichten anhängigen Prozesse, soweit nicht besondere Uebereinkunft besteht.

Alles dieß tritt nur ein, wenn der auswärtige Staat volle Reciprocität gewährt; übrigens sollen die Gerichte nur mit höherer Ermächtigung Retorsionsmaßregeln anwenden.

8) Während früher den Urtheilen französischer Gerichte in Anwendung von P.O. §. 920 wegen verweigerter Reciprocität die Vollziehbarkeit in Baden nicht gestattet werden konnte, (Annalen VI. S. 17. 295 oberhofgerichtliche Jahrbücher n. F. Bd. V. S. 346) ist am 16. April 1846 ein Staatsvertrag mit Frankreich abgeschlossen und am 9. Juni 1846 in Reg.-Bl. No. XXIV. bekannt gemacht worden, welcher die wechselseitige Vollstreckbarkeit der Urtheile in bürgerlichen Rechtssachen festsetzt. Da die in Art. 7 des Vertrags vorbehaltene Kündigung nicht erfolgt, vielmehr erst neuerlich (Reg.-Bl. 1851 No. LXI.) hinsichtlich der Zustellungen eine Erweiterung des Vertrags vereinbart worden ist, so ist die Fortdauer von dessen Wirksamkeit nicht zu bezweifeln. Nach Art. 1 und 3 des Vertrags begründen Urtheile, welche von den zuständigen Gerichten in bürgerlichen Rechtssachen, mit Einschluß der Handelssachen, erlassen sind, ein richterliches Unterpfand, und werden überdieß, nachdem sie die Rechtskraft beschritten haben, vollziehbar, und sind alsdann auch geeignet zum Beweise rechtskräftiger Entscheidung.

Um einem Urtheile die beiden letzteren Wirkungen zu verschaffen, muß die Partei eine beglaubigte Fertigung des Urtheils nebst Urkunde über die geschehene Eröffnung und ein Zeugniß der Gerichtskanzlei über die Rechtskraft desselben vorlegen; will sie aber nur die Eintragung des richterlichen Unterpfandrechtes erwirken, so hat sie lediglich eine beglaubigte Fertigung des Urtheils und ein Zeugniß über dessen Eröffnung vorzulegen. Das Urtheil bedarf jedoch zu seiner Vollziehung eines Beisatzbefehls, welchen, je nachdem dasselbe bei einem Ober- oder Untergerichte erging, auf Vorlage der genannten Urkunden dasjenige Ober- oder Untergericht ertheilt, in dessen Bezirk die Partei, gegen welche das Urtheil erging, ihren Wohnsitz hat, oder die Sache gelegen ist. In der erwähnten Justizministerialverordnung vom 10. Oktober 1851 (Reg.-Bl. No. LXI.) ist bemerkt, daß zu dieser Erwirkung des Urtheilsvollzugs keine diplomatische Vermittlung statt finde, sondern daß den Parteien überlassen ist, die Sache durch einen Bevollmächtigten an Ort und Stelle zu betreiben.

Als vom zuständigen Gerichte erlassen, werden die Urtheile gemäß Art. 3 anerkannt, wenn die Zuständigkeit des urtheilenden Gerichts auf einem der dort genannten fünf Gründe beruht. Darin ist nun das forum rei sitae nicht für ausschließend erklärt, und ebensowenig enthält der Vertrag sonst eine ausdrückliche Wahrung des Grundsatzes von L.R.S. 3 Abs. 2; die Frage, ob und welchen beschränkenden Einfluß jene landrechtliche Bestim-

mung äußern könne, wenn es sich um den Vollzug eines französischen Urtheils nach Maßgabe des Staatsvertrags handelt, ist von dem Hofgerichte des Mittelrheinkreises und dem Oberhofgerichte verschieden beantwortet worden. Annalen XVIII. S. 211—214. —

9) Mit Preußen besteht nur eine Vereinbarung über gegenseitige Beitreibung der Gebühren der Anwälte, bezüglich deren es jedoch hier genügt, wenn auf die betreffende Bekanntmachung des großh. Justizministeriums vom 3. November 1837 in Reg.-Bl. No. XLII. S. 380 verwiesen wird.

Alle unter Ziff. 1 bis 9 aufgeführten Verträge und Verordnungen beruhen auf dem Grundsatze der Reciprocität, indem die genannten auswärtigen Staaten den Urtheilen badischer Gerichte stets das entsprechende gleiche Maß von Rechten einräumen.

Dr. Puchelt.

II.

Ueber die Grenzen der Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache.

Am 18. April 1843 verkaufte Jos. Wiggenhauser ein halbes Haus sammt Zubehör an Senes Wiggenhauser um 4000 fl., zahlbar mit 5 pCt. Zinsen in 8 Terminen, von Martini 1843 anfangend. Für die Zahlung dieses Kaufschillings verbürgte sich Tobias Bold als Selbstschuldner, welcher sodann am 27. März 1846 die nämlichen Liegenschaften von Senes Wiggenhauser kaufte.

Am 17. August 1849 klagte die Leih- und Sparkasse zu Hofstett-Emmerbuch kraft angeblicher Cession des Senes Wiggenhauser die bis Martini 1848 rückständigen Kaufschillingsziele mit 3783 fl. 19 kr. gegen Bold ein, dieselbe wurde aber durch Urtheil vom 20. Dezember 1850 abgewiesen, weil der Beweis der Cession als nicht geführt erachtet wurde.

Nachdem dieses Urtheil rechtskräftig geworden war, klagte die Leih- und Sparkasse Hofstett-Emmerbuch kraft der nämlichen Cession, auf welche sich dieselbe schon in ihrer Klage vom 17. August 1849 berufen hatte, den ganzen Kaufschilling gegen Tobias Bold als Selbstschuldner ein und verband damit fürsorglich die ihr gegen denselben als Besitzer der gekauften Liegenschaften zustehende Pfandklage.

Dieser Klage setzte der Beklagte die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache entgegen, auf deren Grund die Klägerin in zwei Instanzen abgewiesen ward. Die Entscheidungsgründe des großh. Bezirksamts Stockach als Richter I. Instanz lauten:

„Die erhobene Klage mußte abgewiesen werden, weil dieselbe durch die Einrede der rechtskräftigen Entscheidung, deren thatsächliche Grundlage durch die vorgelegten Prozeßakten in Sachen derselben streitenden Theile von den Jahren 1849 bis 1851 erwiesen ist, entkräftet wurde.

Am 17. August 1849 hat nämlich die jetzige Klägerin gegen den jetzigen Beklagten eine Klage auf Bezahlung einer Kaufschillingsforderung angestellt und hat dieselbe auf folgende Thatsachen gegründet:

Am 18. April 1843 habe Joseph Wiggenhauser an Senes Wiggenhauser die Hälfte von seinem Fabrikgebäude nebst Einrichtung, sowie 58 Ruthen Gras- und Baumgarten um die Summe von 4000 fl. verkauft. Dieser Kaufvertrag sei in dem Kaufbuch der Gemeinde Renzingen eingetragen und vom Gewährgericht in Renzingen gewährt worden, und für den Kaufschilling habe sich Beklagter verbürgt. Joseph Wiggenhauser habe die Kaufschillingsforderung von 4000 fl. an die Klägerin abgetreten und zur weitern Sicherheit der klagenden Kasse habe sich der Beklagte für den gedachten Kaufpreis als Bürg und Selbstschuldner wieder verpflichtet; auch diese Cession sei wieder im Pfandbuch der Gemeinde Renzingen eingetragen worden.

Diese Klage wurde durch amtliches Urtheil vom 20. Dezember 1850 abgewiesen und dieses Urtheil ist in Rechtskraft übergegangen, wie die Klägerin selbst zugibt.

Die jetzt erhobene Klage wird auf dieselben Thatsachen gestützt, auch unter denselben Partieen und für und wider sie in gleicher Eigenschaft geführt, wie die frühere; nur wird dem früheren Klagegrund noch die weitere Behauptung beigefügt, daß der Beklagte im Besitze des Kaufgegenstandes sei, und darum als Besitzer des mit dem Vorzugsrecht des Verkäufers beklagten Grundstücks für Bezahlung der Schuld hafte; auch wird das eventuelle Begehren auf Bezahlung oder Abtretung gestellt, in erster Reihe jedoch unbedingt Zahlung begehrt.

Daß dieses letztere Begehren auf unbedingte Zahlung unbegründet ist, dürfte ohne weitere Erörterung klar sein, da für dieses Begehren durchaus kein neuer Klaggrund

angeführt und das gleiche Begehren — nur in einer geringern Summe — schon in der frühern Klage gestellt und durch Urtheil vom 20. Dezember 1850 abgewiesen wurde.

Allein auch das eventuelle dingliche Klagbegehren muß als durch das erwähnte rechtskräftige Urtheil schon für abgewiesen betrachtet werden.

Denn nach den Entscheidungsgründen zu diesem Urtheile, aus denen der Sinn des Urtheils und die Absicht des urtheilenden Richters zu entnehmen ist, vergl. oberhofgerichtliche Jahrbücher Jahrgang 1851 S. 208 und Baier Civilpr. S. 264. lit. B. — wurde die frühere Klage darum abgewiesen, weil die Uebertragung der Kaufschillingsforderung sammt den damit verbundenen Rechten an die Klägerin als nicht erwiesen betrachtet wurde.

Durch jenes Urtheil wurde darum die Klägerin mit allen ihren Ansprüchen an die Beklagten, welche sie auf die Cession der Kaufschillingsforderung gründet, abgewiesen, nicht nur mit den persönlichen, sondern auch mit den dinglichen, obschon sie die dinglichen in der früheren Klage noch nicht geltend gemacht hatte.

Der in der neuen Klage beigefügte Klaggrund ist nämlich kein für sich bestehender, sondern stützt sich nur auf den frühern, welcher bereits abgewiesen wurde und darum weder für sich allein, noch in Verbindung mit einem andern zur Begründung einer neuen Klage mehr gebraucht werden kann."

Das großh. Hofgericht des Seekreises ging bei seinem bestätigenden Erkenntniß von folgenden Motiven aus:

„Es steht der Klage zunächst die Einrede der rechtskräftigen Entscheidung entgegen.

Es klagte nämlich die Klägerin auf den Grund der angeblichen Cession gegen den Beklagten bereits unterm 17. August 1849 von dem Kaufschilling die verfallenen Termine und Zinsen im Betrage von 3783 fl. 19 kr. ein, und sie wurde durch rechtskräftiges Urtheil vom 20. Dezember 1850 mit ihrer Forderung abgewiesen.

Jener Streit wurde unter ein und denselben Parteien, über ein und denselben Gegenstand, und gestützt auf ein und denselben Klagegrund verhandelt, indem die Klägerin hier wie dort ihre Ansprüche aus dem Kaufvertrage zwischen Joseph und Senes Wiggenhauser und der Abtretung des Kaufschillings an sie, sowie aus der Bürgschaft ableitet, welche der Beklagte für die Richtigkeit der Forderung geleistet haben soll. Die Einrede der rechtskräftigen Entscheidung kann die Klägerin nicht durch die Thatsache beseitigen, daß sie in dem ersten Rechtsstreite nur 6 Termine einklagte, in dem gegenwärtigen aber 8 Termine verlangt, weil gegen denjenigen, gegen welchen ein Erkenntniß vorliegt, daß ihm auch nicht ein Theil der Forderung zustehe, zugleich ausgesprochen ist, daß er mit den Ansprüchen auf das Ganze abgewiesen sei.

Duranton T. 7. p. 419. §. 464.

Eben so wenig kann die Klägerin das eventuelle Begehren geltend machen, wornach der Beklagte zur Zahlung oder Abtretung des Pfandobjekts angehalten werden soll, weil auch dies Begehren auf dem nämlichen Rechtstitel, nämlich der Cession beruht, die nach dem Inhalte der Entscheidungsgründe zum Urtheile vom 20. Dezember 1850 schon in jenem Rechtsstreite als unbegründet und unerwiesen verworfen wurde.

Duranton am angeführten Ort S. 425 und 480 ff.

Bayers Civilprozeß S. 264 B. Absch. 2."

Zur Rechtfertigung dieser gleichlautenden Urtheile wurde in dritter Instanz noch geltend gemacht: Bei der Prüfung der Einrede der Rechtskraft frage es sich allemal, ob die Rechtsfrage unter denselben Parteien die nämliche sei. Nach dem Urtheil und den Entscheidungsgründen zum ersten Urtheil sei aber die dort streitige Frage: ob die Klägerin durch Cession an die Stelle des Jos. Wiggenhauser getreten, verneinend entschieden worden und müßte einmal diese Frage für alle Zeiten verneint werden, so fehle es der Klägerin auch in dieser Instanz an allem Klagrecht. Für die rechtliche Wahrheit eines rechtskräftigen Urtheils spreche eine praesumtio juris und de jure, welche den Rechtswirkungen eines Vertrags gleichstehe. Die Rechtskraft habe auch die öffentlich rechtliche Bedeutung, daß die Erlassung eines weitern Urtheils, welches mit einem rechtskräftig gewordenen Erkenntniß im Widerspruch stehe, verhütet werden sollte; ein dem früheren Erkenntniß widersprechendes Urtheil müsse aber hinsichtlich der Vorfrage, ob eine Cession vorliege, ertheilt werden, wenn abändernd erkannt werden solle.

Das großh. Oberhofgericht erkannte aber abändernd nach dem eventuellen Antrag der Pfandklage aus folgenden Gründen:

„Die auf Zahlung des der Klägerin von dem ursprünglichen Gläubiger Joseph Wiggenhauser cedirten Kaufschillings ad 4000 fl. nebst 5 pCt. Zinsen gegen den Beklagten als Bürgen für diesen Kaufpreis gerichtete

Klage ist ohne allen Zweifel rechtlich begründet. L.R.S. 1650. 1692. Ebenso aber auch die eventuell damit verbundene, aus dem Besitz der verkauften Liegenschaften hergeleitete Pfandklage; L.R.S. 2108. 2166. 2168, jedoch was die Zinsen betrifft, nur für zwei Jahre und die laufenden. L.R.S. 2151.

Vergl. Brauer zu diesem Satze und Troplong des priv. et hyp. II. No. 788.

Die erste dieser Klagen wurde in den beiden vordern Instanzen, als durch die Einrede der entschiedenen Sache elidirt, mit Recht verworfen, indem die Voraussetzungen des L.R.S. 1351 sich in ihr sämmtlich vereinigen.

Denn wenn auch die durch rechtskräftiges Urtheil des Bezirksamts Stockach vom 20. Dezember 1850 abweislich verbeschiedene unter denselben Personen in der gleichen Eigenschaft, als Cessionar einer- und als Bürge andererseits, verhandelte Klage nur die Bezahlung der 6 damals verfallenen Termine des gedachten Kaufschillings bezweckte, so beruhte sie doch, gleich der jetzt angestellten, auf der Behauptung, daß die ganze Kaufschillingsforderung von dem Joseph Wiggenhauser am 2. Juli 1843 auf die Kläger übertragen worden sei, und es wurde sonach über dieselbe Rechtsfrage, insbesondere über den nämlichen, der Entscheidung wiederholt unterbreiteten Gegenstand seinem ganzen Umfang nach bereits entschieden.

Vergl. Savigny, Syst. VI. § 299.
Stabel, Vorträge über d. Proz. §. 17. pag. 48.
Marcadé, droit civil etc. V. ad. art. 1351. No. IV. & VI.

Hinsichtlich der Pfandklage dagegen ist die Passivlegitimation des Beklagten auf den inzwischen erworbenen Besitz der mit dem Vorzugsrecht des Kaufschillings behafteten Liegenschaften gestützt, und es erscheint derselbe daher bei dem gegenwärtigen Verfahren in einer von der früheren ganz verschiedenen Eigenschaft. Dieses Vorzugsrecht ist zwar nur eine Zugehörde des Kaufschillings, die mit der Cession des letztern auf den Cessionar von Rechtswegen übergeht — L.R.S. 1692 — darum aber läßt sich nicht behaupten, durch das Urtheil vom 20. Dezember 1850, welches der Klägerin die Legitimation zur Geltendmachung der Hauptforderung abgesprochen hat, sei auch für den gegenwärtigen Prozeß über deren Zugehörde rechtskräftig entschieden, eben weil dieses Urtheil von dem Beklagten nach Vorschrift des L.R.S. 1351 überhaupt nur in seiner Eigenschaft als Bürge, nicht aber zugleich in der weitern als Besitzer der Liegenschaften, und zwar so wenig, als von dem debitor cessus als dem ersten oder von jedem andern dritten Besitzer, von welchem der Beklagte seine Rechte an dieselben ableiten mag, geltend gemacht werden kann.

Bewiesen ist die Klage durch das Zugeständniß des nach der Klage zwischen Joseph und Senes Wiggenhauser abgeschlossenen Kaufvertrags und dessen Eintrags in das Grundbuch; durch die vom Beklagten in diesem und beziehungsweise in dem früheren Prozeß erfolgte Anerkennung der durch den Gemeinderath beglaubigten Cessionsurkunde vom 2. Juli 1843, deren Beweiskraft durch den Durchstrich einiger für den vorliegenden Fall unnöthiger Stellen des gedruckten Formulars in keiner Weise geschwächt wird, und den zugestandenen Besitz der von Joseph an Senes Wiggenhauser verkauften Liegenschaften."

Soiron.

III.

Strafminderungsgründe nach §. 158 des Straf-Gesetzbuchs.

Dieser §. verordnet, daß, außer der unverschuldet erduldeten Haft, auch andere Uebel, welche der Angeschuldigte von der Behörde oder deren Dienern rechtswidrig erlitten hat, bei Ausmessung der Strafe zu deren Minderung in Betracht kommen sollen.

Der Gesetzgeber hat wohl daran gethan, eine Aufzählung dieser Uebel, welche sehr verschiedenartig sein können, zu umgehen und die Beurtheilung lediglich dem richterlichen Ermessen anheim zu geben.

Es mag daher wohl einiges Interesse bieten, einzelne Fälle kennen zu lernen, welche unter den §. 158 subsumirt worden sind. Wir theilen hier zwei solcher Fälle mit.

1) Ein suspendirter Rechtsanwalt, welcher wegen verbotswidriger Ausübung des Schriftverfassungsrecht in dienstpolizeiliche Untersuchung genommen war, erlaubte sich in seiner zu Protokoll abgegebenen Rechtfertigung einen beleidigenden Ausfall gegen den Amtsvorstand, auf dessen Veranlassung gegen den Anwalt eingeschritten worden ist.

Mit Bezug auf dieses Protokoll stellte nun der Amtsvorstand bei dem Untersuchungsrichter das Ansinnen, den

Anwalt nach Maasgabe der damals noch in Wirksamkeit bestandenen Verordnung vom 24. Juli 1852 (Reg.-Bl. S. 318) wegen Störung der öffentlichen Ordnung zu bestrafen. Dieses geschah denn auch durch ein polizeiliches Erkenntniß, welches den Angeschuldigten mit einer Gefängnißstrafe von 14 Tagen belegte. Der Verurtheilte recurrirte an die großh. Kreisregierung und gegen das bestätigende Erkenntniß dieser Behörde an das großh. Ministerium des Innern, von welchem das polizeiliche Straferkenntniß, wegen Mangels der Zuständigkeit, aufgehoben und der großh. Staatsanwalt beauftragt wurde, eine Anklage wegen Verläumdung zu erheben, die eine Verurtheilung des Angeklagten zu Kreisgefängniß von 6 Wochen zur Folge hatte. Diese Strafe wurde aber im Wege des Recurses von großh. Oberhofgericht auf Amtsgefängniß von 8 Tagen herabgesetzt, und zwar unter anderm aus dem Grunde, weil der Angeklagte schon wegen der nämlichen Handlung mit Unrecht polizeilich verfolgt worden war.

2) Ein wegen Schmuggels von zwei Gränzaufsehern angehaltenes Individuum sollte sich seiner Festnehmung thätlich wiedersetzt* und einen der Gränzaufseher an der Hand verletzt haben. Der Angeschuldigte schützte aber vor, daß er zuerst durch Stöße und Schläge mit den Gewehren von den Gränzwächtern mißhandelt worden sei, und trat den Beweis darüber durch Zeugen an. Er wurde jedoch, ohne Rücksicht auf diesen Beweis, der Widersetzlichkeit gegen die öffentliche Gewalt mit körperlicher Mißhandlung (St.G.B. §. 616) für schuldig erkannt. In der Recursinstanz beschwerte er sich sodann, daß die zu seiner Entlastung vorgeschlagenen Zeugen nicht abverhört worden sind. Obgleich nun der oberste Gerichtshof dafür hielt, daß die Mißhandlung des Recurrenten durch die Gränzwächter im Hinblick auf §. 158. Abs. 2 des St.G.B. ein Strafminderungsgrund wäre, so ward doch von Erhebung des Beweises deßhalb Umgang genommen, weil durch die Zeugen nicht die Mißhandlung selbst bewahrheitet, sondern nur so viel dargethan werden wollte, daß sie kurze Zeit nachher an einem dritten Orte in dem Gesichte des Recurrenten einige Verletzungen wahrgenommen hätten. Der anerkannte Strafminderungsgrund konnte daher nur wegen seiner Unerwiesenheit nicht berücksichtigt werden.

IV.

Ueber die Rechtspflege der Bürgermeisterämter.

Jedermann, der häufig Gelegenheit hat, richterliche Entscheidungen der Bürgermeisterämter kennen zu lernen, wird wohl zur Ueberzeugung gelangt sein, daß man auf irgend eine Art den Bürgermeistern, besonders auf dem Lande, bei Ausübung dieses Geschäftszweiges durch eine nähere Vorschrift des Verfahrens, eine Instruktion oder wie man es nennen will, unter die Arme greifen sollte. Die — mir wenigstens einzig bekannte — Anweisung in dem badischen Bürgermeister von Rettig §. 33, dahin lautend:

> „Für das Verfahren vor den Bürgermeisterämtern bei richterlichen Entscheidungen bestehen keine besonderen Vorschriften. Der Bürgermeister läßt beide Theile zusammen auf das Gemeindehaus bestellen, hört einen nach dem andern in seiner Klage und seiner Vertheidigung an, fragt jeden, wie er seine Behauptung beweisen kann, und wenn er hinlänglich von allen Umständen unterrichtet ist, so gibt er seinen Spruch nach bestem Wissen und Gewissen. Er ist befugt, hiebei Zeugen auf Handgelübde abzuhören, auch darauf zu erkennen, daß Jemand seine Angabe mit Handgelübde als wahr zu bestätigen habe;"

reicht nicht immer aus, was leicht erklärlich wird, wenn man bedenkt, wie schwierig es einem plötzlich zum Bürgermeister eingesetzten Handwerker oder Landmann werden muß, in mehr oder weniger verwickelten Verhältnissen schnell Recht zu sprechen. Wenn auch die Beträge des Streits nicht von Belang sind, so haben doch manchmal auch nur wenige Gulden für eine arme Person einen hohen Werth, sie muß oft ein Vierteljahr lang um 5 fl. als Dienstbote arbeiten, und wenn sie nun nicht zu ihrem Rechte kommen kann oder darum gebracht wird, so ist der moralische Schaden bei diesen Personen und bei andern die davon hören, die Erbitterung und das Mißtrauen in die Kenntnisse und den guten Willen der Vorgesetzten noch höher anzuschlagen, als der materielle Verlust des verletzten Theiles. Es gibt Instruktionen für Gerichtsboten, Vollstreckungsbeamte, Waisenrichter, Vormünder, Schätzer u. s. w., nur die Bürgermeister haben in ihrer doch sicherlich nicht unwichtigen Funktion als Richter keine Vorschrift! —

Gewiß dürfte aber den Bürgermeistern in der Mehr-

zahl ein guter Dienst geleistet werden, wenn ihnen eine bestimmte Vorschrift des Verfahrens oder ein Leitfaden geboten würde, worin sie sich Raths erholen könnten.

Möchten diese Zeilen den Anstoß geben, daß die Sache gehörigen Orts in nähere Erwägung gezogen werde.

H.

V.

Bei Rechtsstreiten um den Vorrang zwischen concurrirenden Gläubigern berechnet sich die Appellations- und Oberappellationssumme nach dem Betrage der Forderung oder nach dem Werthe der Unterpfänder, je nachdem dieser oder jener niederer ist.

Annalen **XIX.** S. 288. **XX.** S. 104. 283 415.

Der Rechtsstreit J. S. Ehefrau Hilb gegen Dionys Banz, Vorrang eines Unterpfandsrechts betr., welcher die Mittheilung in den Annalen **XXI.** S. 63 veranlaßte, hat damit geendet, daß das großh. Oberhofgericht durch Erkenntniß vom 4. Mai l. J. die Oberappellation der Klägerin wegen Mangels der Summe als unstatthaft verwarf, und es wurde dabei der obige Grundsatz insoweit ausdrücklich ausgesprochen, als der oberste Gerichtshof den geringeren Werth der Unterpfänder für maßgebend erklärte.

Ebenso richtig ist es aber auch, daß, wenn die Forderung den Werth der Unterpfänder nicht erreicht, der Forderungsbetrag über die Größe der Beschwerdesumme entscheidet, denn dieser bildet die äußerste Grenze des Anspruchs, über welche hinaus eine Beschwerde im Sinne von P.O. §. 1125 ff. nicht denkbar ist. —

Die oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründe lauten folgendermaßen:

Die in den beiden vordern Instanzen unterlegene Klägerin stellt das Begehren, zu erkennen: es stehe ihr für ihr eheliches Beibringen im Betrage von 1147 fl. 50 kr. ein gesetzliches Unterpfandsrecht vom 20. April 1824 zu, mit welchem sie berechtigt sei, der Forderung des Beklagten von 734 fl. 35 kr. sammt Zinsen vorzugehen, so daß sie vor dem Beklagten berechtigt sei, sich aus dem Erlöse des von ihr unterm 26. Juni 1848 für die Summe von 500 fl. erkauften Hauses zuerst bezahlt zu machen.

Die Klägerin will nemlich diesen Hauskaufschilling von 500 fl. mit dem gleichen Betrag an ihrer Einbringensforderung wettschlagen; das großh. Hofgericht wies aber die Klage ab, weil die Ehe der Klägerin noch nicht aufgelöst und ebensowenig eine Vermögensabsonderung eingetreten ist.

Der eigentliche Streitgegenstand ist hiernach der Kaufschilling von 500 fl., die Streitfrage diese: ob die Klägerin oder der Beklagte denselben zur theilweisen Befriedigung ihrer Ansprüche beziehen soll.

Da bei der Gleichförmigkeit der Urtheile der vordern Instanzen die Oberappelationssumme 1000 fl. beträgt (P.O. §. 1192) so erscheint das eingelegte Rechtsmittel wegen Mangels dieser Summe als unstatthaft.

Dr. Puchelt.

VI.

Wann ist ein Rekurs gegen hofgerichtliche Urtheile in Zollstrafsachen zulässig?

Durch Erkenntniß vom 6. Mai l. J. J.U.S. gegen Veronika Stork von Constanz, wegen Eingangszolldefraudation, hat das großh. Oberhofgericht

in Erwägung, daß das großh. Hofgericht des Seekreises in obiger Sache auf den von der Finanzbehörde gegen das amtliche Erkenntniß *) ergriffenen Rekurs in zweiter Instanz ein Strafurtheil erlassen hat;

in Erwägung, daß Veronika Stork hiergegen den weitern Recurs an den diesseitigen Gerichtshof ergriffen hat;

in Erwägung, daß solcher nach Art. 8 des Gesetzes vom 22. Juni 1837, Reg.-Bl. No. XX. in Verbindung mit §. 274 der Strafprozeßordnung und §. 114 des Gesetzes vom 5. Februar 1851 nur dann zugelassen werden dürfte, wenn entweder einer der in §. 34 — 40 des Zollstrafgesetzes vom 3. August 1837, Reg.-Bl. No. **XXX.** erwähnten Fälle in Frage läge (Einführungsgesetz §. 16, No. 27) oder, wenn das großh. Hofgericht in seinem Erkenntnisse eine nach §. 17 letztgedachten Gesetzes das amtsrichterliche Strafmaas übersteigende Strafe ausgesprochen hätte;

in Erwägung, daß dieses Strafmaas durch gedachtes Urtheil, weder, was die erkannte Geldstrafe, noch die ihr eventuell substituirte Freiheitsstrafe betrifft, überschritten wird, und es eben so wenig um einen der schwereren Fälle des Zollstrafgesetzes sich handelt, —

den Rekurs der Angeschuldigten als unzulässig verworfen.

P.

*) Dieses Erkenntniß hatte ausgesprochen, daß wegen Unzulänglichkeit des Beweises kein Grund zur weiteren gerichtlichen Verfolgung vorhanden sei.

D. G.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXI. No. 29. Mannheim, 15. Juli 1854.

I.

Competenzconflikt.

1) Gehört die Ermächtigung einer Ehefrau zur Vornahme von Rechtshandlungen vor die Gerichte?
2) Findet gegen die Ertheilung oder Versagung der gerichtlichen Ermächtigung einer Ehefrau in den landrechtlich bestimmten Fällen ein Rechtsmittel vor den bürgerlichen Gerichten statt?

(Annalen XIV. 155. XX. 121.)

In Sachen der Ehefrau des Georg Hoch von Kollnau gegen ihren Ehemann, die Ermächtigung zu einer Hofgutsübergabe betr., war durch eine Verfügung des großh. Bezirksamts Waldkirch v. 1. April 1852 ausgesprochen:

es sei die klägerische Ehefrau zur Hofgutsübergabe an den vortheilsberechtigten Sohn Franz Joseph gerichtlich zu ermächtigen rc. rc.

Auf die von dem Ehemann ergriffene Berufung hat aber das großh. Hofgericht des Oberrheinkreises am 15. Juli 1852 abändernd erkannt:

daß die Klägerin mit ihrem Gesuche um Ertheilung der gerichtlichen Ermächtigung zur Hofgutsübergabe an ihren Sohn abzuweisen sei.

In Folge der von der Klägerin hiergegen eingewendeten Oberberufung wurde unterm 28. Januar 1853 das hofgerichtliche Urtheil vom großh. Oberhofgericht aufgehoben und ausgesprochen:

daß ein Rechtsmittel gegen den amtlichen Beschluß vom 1. April 1852 vor den bürgerlichen Gerichten nicht statt finde.

Gründe.

Durch das Organisationsedict vom Jahr 1809 ist die Aufsicht über alle den Aemtern zugetheilten Gegenstände der willkürlichen Gerichtsbarkeit den Kreisdirectorien übertragen worden. Beil. C. §. 20 und D. §. 12.

Es gehört daher auch die Ermächtigung zu Rechtshandlungen einer Ehefrau, welche nach Satz 219 des Landrechts im Weigerungsfalle des Ehemanns das Bezirksgericht (Bezirksamt) geben oder versagen kann, als eine zweifellos rechtspolizeiliche Handlung im Recurswege an die Administrativ-Mittelstellen. Zwar hat das zweite Einführungsedikt jene Ermächtigung nicht gleich einigen anderen von dem Landrecht an die Gerichte verwiesenen Gegenständen der willkürlichen Gerichtsbarkeit als dem polizeilichen Verfahren unterworfen ausdrücklich erklärt. Allein aus diesem Stillschweigen kann ein Argument für die gerichtliche Natur der Sache nicht abgeleitet werden. Dies folgt für den vorwürfigen Fall, in welchem es sich um die Ermächtigung zu einer Hofgutsübergabe an das vortheilsberechtigte Kind erster Ehe handelt, insbesondere auch aus den in der landesherrlichen Verordnung vom 15. September 1807 über Vermögensübergaben und dem Gesetze vom 23. März 1808 über die Vortheilsgerechtigkeit getroffenen Verfügungen, wornach allenthalben „der Vorsorge" oder „Dazwischenkunft" sowie der „Prüfung und Bestätigung" Seitens der Polizei oder Oberpolizei (d. h. der Rechtspolizeibehörden) in Bezug auf jene Rechtsgeschäfte gedacht ist.

Die Oberappellantin, welche die Abänderung des hofgerichtlichen Urtheils und die Wiederherstellung des amtlichen Bescheids beantragte, hat zwar die Einrede der Unzuständigkeit der Gerichte nicht vorgeschützt. Diese Frage war jedoch hier, da es sich um die Gerichtsbarkeit über diese Gattung von Rechtssachen handelt, von Gerichtswegen zu prüfen und auf die Entscheidung über diesen präjudiciellen Punkt hatte sich das Erkenntniß zu beschränken.

Nun entspann sich ein Competenzconflikt, welcher am

1. Juli d. J. von großh. Staatsministerium dahin entschieden ward:

das oberhofgerichtliche Urtheil ꝛc. sei aufzuheben und auszusprechen, daß über das Gesuch der Ehefrau des Georg Hoch in Kollnau um Ertheilung der von ihrem Ehemann versagten Ermächtigung zur Uebergabe ihres Hofguts an ihren Sohn und über die hierwegen ergriffenen Rechtsmittel die Gerichte zu erkennen haben.

Entscheidungsgründe.

I. In formeller Beziehung fällt es auf, daß das großh. Oberhofgericht nur das hofgerichtl. Urtheil vom 15. Juli 1852 und nicht auch jenes, welches das Bezirksamt als Richterstelle am 1. April 1852 erließ, aufgehoben, und daß es nicht das ganze Verfahren als vor den bürgerlichen Gerichten unstatthaft erklärt, sondern nur ausgesprochen hat, daß ein Rechtsmittel gegen den amtlichen Beschluß vom 1. April 1852 vor den Gerichten nicht stattfinde.

Daß nämlich das Bezirksamt Waldkirch seinen Beschluß vom 1. April 1852 nicht in seiner Eigenschaft als Verwaltungsbehörde, sondern in seiner richterlichen Eigenschaft erlies, geht nicht nur daraus hervor, daß der Justizbeamte jenen Beschluß faßte, sondern auch daraus, daß der Verwaltungsbeamte, welcher bei Ertheilung der Erlaubniß zur Gutsübergabe die ausdrückliche Bedingung beifügte, daß der Ehemann einwillige oder die Ehefrau vor dem Gerichte nach S. 219 die Ermächtigung erwirke, sowie, daß nun erst das richterliche Verfahren des Justizbeamten eintrat, und dieser auf die gegen seinen Beschluß vom 1. April 1852 angezeigte Appellation die Akten sofort an das Hofgericht einsandte.

Wenn der §. 12 des Organisationsedikts vom Jahr 1809 lit. D. der Kreisregierung (vormals Kreisdirectorium) die Aufsicht über die Geschäftsführung der Aemter und Amtsrevisorate in Beziehung auf die willkürliche Gerichtsbarkeit zuweist, so bezieht sich dies nur auf die Gegenstände, welche im Edikt lit. C. §. 20 und §. 39 als zu dem Geschäftskreis der Aemter und Amtsrevisorate gehörige Sachen der willkürlichen Gerichtsbarkeit aufgeführt sind, wogegen nach der Beilage E. §. 5 der Rechtszug gegen civilrichterliche Entscheidungen der Aemter nur an die Hofgerichte geht.

Es fragt sich also hinsichtlich des Instanzenzugs nur, in welcher Eigenschaft ein Amt erkannt habe, ob als Civilrichter oder als Verwaltungs- (beziehungsweise Rechtspolizei-) Stelle? Im ersten Falle kann zwar sein Verfahren und Urtheil nichtig sein, wenn es eine zur Verwaltung gehörige Sache seiner Gerichtsbarkeit unterwarf. Allein selbst in diesem Falle findet gegen sein Erkenntniß kein Rechtsmittel an die höhere Verwaltungsbehörde statt, da diese nur eine Rekursinstanz gegen die Verfügungen der unteren Verwaltungsstellen als solcher und nicht auch gegen das Erkenntniß der unteren Gerichtsstellen ist.

Soll ein Urtheil, welches das Amt als Richter erlassen hat, aus dem Wege geräumt werden, so kann dieß nur durch ein höheres Gericht, welches das Urtheil aufhebt oder im Wege des Competenzconflikts durch das großh. Staatsministerium geschehen.

Schon von diesem formellen Standpunkte wäre das oberhofgerichtliche Urtheil, so weit es, ohne das richterliche Verfahren im Allgemeinen für unstatthaft zu erklären und ohne das richterliche Urtheil der ersten Instanz aufzuheben, blos die Rechtsmittel gegen das letztere als vor den bürgerlichen Gerichten unstatthaft erklärt, somit an die höhere Verwaltungsbehörde verweist, nicht gerechtfertigt.

Sieht man aber hievon ab, und nähme man an, das großh. Oberhofgericht habe auch das Verfahren und Urtheil erster Instanz, soweit es sich als richterliches geltend mache, aufheben wollen, so ist

II. die materielle Frage zu prüfen, ob nach unseren Gesetzen die Ermächtigung, welche die Ehefrau nach S. 219 zu ihren Rechtshandlungen, zu welchen der Ehemann die Zustimmung versagt, bedarf, von der Gerichtsbehörde, oder ob sie von der Rechtspolizeibehörde zu ertheilen sei?

Zum Voraus ist zu bemerken, daß es sich hier nicht um die staatspolizeiliche Bewilligung einer Vermögensübergabe handelt. Diese ist nach den Gesetzen vom 15. September 1807 und vom 23. März 1808 bei allen Vermögensübergaben erforderlich, ohne Rücksicht auf die Rechtsfähigkeit des Uebergebers, gleichviel, ob dieser rechtsfähig oder entmündigt, Mann oder Frau sei.

Diese staatspolizeiliche Bewilligung wurde von dem Amtsvorstande unterm 10. Dezember 1851 ertheilt und ist bisher von keiner Seite angefochten worden. Da aber hier diese polizeiliche Genehmigung schon ertheilt wurde, ehe noch das Rechtsgeschäft unter den Betheiligten selbst

abgeschlossen war, und da doch eine solche Bewilligung nur dann einen Erfolg haben kann, wenn die Vermögensübergabe, zu welcher damit die Erlaubniß ertheilt ist, civilrechtlich auch wirklich zu Stand kommt, so machte der Beamte bei Ertheilung derselben den sich von selbst verstehenden Vorbehalt, daß nach S. 219 zu der Uebergabe der Ehefrau entweder der Ehemann einwillige oder das Gericht der Frau die Ermächtigung ertheile.

Also nicht wer die zur Vermögensübergabe überhaupt erforderliche staatspolizeiliche Erlaubniß, sondern nur wer die bei der Vermögensübergabe einer Ehefrau noch außerdem erforderliche Ermächtigung der Letzteren zu ertheilen habe, ist hier Gegenstand des Streits.

Was daher das großh. Oberhofgericht von den, die Prüfung und Bestätigung der Vermögesübergaben überhaupt betreffenden Vorschriften der Gesetze vom 15. September 1807 und 23. März 1808 sagt, berührt die vorliegende Streitfrage nicht. Wenn bei Vermögensübergaben außer der Einwilligung der Betheiligten aus Rücksichten des Staatswohls etwas Weiteres (das obrigkeitliche Gutheißen) nöthig ist, so läßt sich daraus für die Frage nichts ableiten, unter welchen Voraussetzungen die nebstdem nöthige Einwilligung der Betheiligten giltig sei, wer also die zur Gültigkeit dieser Einwilligung einer Ehefrau erforderliche Ermächtigung zu ertheilen habe.

Wollte man diese Ermächtigung als eine Sache der freiwilligen Gerichtsbarkeit im Falle einer Vermögensübergabe einer Ehefrau der Rechtspolizeibehörde zuweisen, so müßte man weiter gehen und die Rechtspolizeibehörde auch für die Ermächtigung der Ehefrauen zu anderen Geschäften, ja selbst zu der in Satz 218 erwähnten Ermächtigung, vor Gericht zu stehen, als zuständig betrachten.

Daß nun aber nach dem Landrechte diese Ermächtigungen der Ehefrau, wo der Ehemann nicht zustimmt, nur von dem Gerichte und nicht von der Rechtspolizeibehörde ertheilt werden könne, wird nach dem Wortlaut der Sätze 218. 219. 221. 222. 905. 934. 1029. 1413. 1416. 1417. 1426. 1427. 1428a. 1449. 1450. 1535. 1538. 1555. 1558. 1559. 1576. 2208 welche überall nur von einer gerichtlichen Ermächtigung, von Ermächtigung oder Erlaubniß des Gerichts, der Gerichtsbehörde, des Richters rc. sprechen, nicht bestritten werden können.

Allein das großh. Oberhofgericht nimmt an, daß dessenungeachtet in Baden die Zuständigkeit der Rechtspolizeibehörde begründet sei, weil es sich nur um eine Sache der freiwilligen Gerichtsbarkeit handle, hinsichtlich deren die Aufsicht nach der Organisation von 1809 den höheren Verwaltungsbehörden zustehe, und daß der Umstand, daß das II. Einf.-Edikt zum Landrecht diese Ermächtigung nicht speciell an die Rechtspolizeibehörde verweise, den allgemeinen Grundsätzen keinen Abtrag thue.

Was jedoch das Organisationsedikt von 1809 betrifft, so sind nur die in der Beilage C. §§. 20 und 39 aufgeführten Gegenstände, unter welchen die fraglichen Ermächtigungen nicht vorkommen, nach der Beilage D. §. 12 an die höhere Rechtspolizeibehörde verwiesen.

Gleichwohl muß man als die Regel annehmen, daß die Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit vor die Rechtspolizeibehörde gehören, weil die Gerichte im Allgemeinen nur zur Entscheidung der bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten berufen sind. (P.O. §. 1.)

Allein einmal wird man, was die allgemeine Natur der fraglichen Ermächtigungen betrifft, mit Grund bezweifeln dürfen, ob es sich da, wo der Ehemann eine Rechtshandlung seiner Ehefrau widerspricht und darum die Behörde nach Erhebung des Für und Wider die Befugniß der Frau, Bestimmung zu treffen, beziehungsweise ihr die vom Ehemann versagte Ermächtigung zu ertheilen oder ihr Begehren zurückzuweisen hat, rein um eine Sache der freiwilligen Gerichtsbarkeit und nicht vielmehr um ein unter den Eheleuten zu entscheidendes Streitverhältniß handle.

Wenigstens zeigen gerade in dem vorliegenden Falle die Entscheidungsgründe des Hofgerichts in Freiburg, sowie jene der dortigen Kreisregierung, wie rein civilrechtliche Gesichtspunkte bestimmend oder mitbestimmend sind.

Zum andern aber kann es da, wo das Gesetz eine Sache ausdrücklich an den Richter verweist, auf die allgemeine Natur derselben nicht mehr ankommen, da durch die Gesetze manche Dinge, die wohl vor die Verwaltung gehören möchten, vor den Richter, sowie manche andere, die eigentlich gerichtlicher Natur sind, an die Verwaltung gewiesen sind.

Stellt man sich nun auf den Boden der L.R.S. 218. 219 rc. rc., welche die fraglichen Ermächtigungen an den Richter verweisen, so kann sich nur fragen, ob diese Vor-

schriften des L.R.S. durch das II. Einf.-Edikt oder durch spätere Gesetze wieder an die Rechtspolizeibehörde zurück gewiesen sind? Das II. Einf.-Edikt zum Landrecht hat nämlich in seinen §§. 5. 8. 9. 10. 13. 14. 15—23 und 28 viele Rechtssachen, welche nach dem Landrecht gerichtlich erledigt werden sollten, wieder an die Verwaltung (Polizei, Rechtspolizei) verwiesen, aber gerade hinsichtlich der Ermächtigungen der Ehefrau zu Rechtshandlungen, zu welchen der Ehemann nicht einwilligt, ist dies nicht geschehen. *)

Dies beruht wahrscheinlich auf dem Gesichtspunkte, daß es sich hier nicht, wie bei Entmündigungen, Vormundschaften rc. rc. um eine blose Rechtsfürsorge, sondern zugleich auch um die Rechte des Ehemanns handelt.

Sei dem aber wie ihm wolle, so steht jedenfalls fest, daß weder das II. Einf. Edikt, noch ein späteres Gesetz die Bestimmung des Landrechts, wornach die fragliche Ermächtigung vom Richter zu ertheilen ist, abgeändert hat, das Landrecht also hierin noch in Kraft besteht.

Dazu kommt, daß, wie das großh. Justizministerium richtig bemerkt, das über die Aufhebung der Beistandschaft erlassene Gesetz vom 28. August 1835 für Ehefrauen ausdrücklich wieder die gerichtliche Ermächtigung, wie sie das Landrecht vorschreibt, vorbehalten habe. Hätte der Gesetzgeber angenommen, daß das Organisationsedikt von 1809 oder das II. Einf.-Edikt die landrechtlichen Bestimmungen, daß die Gerichte jene Ermächtigungen zu ertheilen haben, aufgehoben habe, so hätte er im Jahr 1835 nicht wieder von einer gerichtlichen Ermächtigung sprechen können.

Dadurch, daß er dies that, hat er von neuem die Ansicht sanctionirt, daß die Ermächtigung der Ehefrauen nicht von der Rechtspolizeibehörde, sondern vom Richter zu ertheilen sei.

In so weit vorstehende Entscheidung die erste Frage bejaht, entspricht sie ganz der in den Annalen XIV. 155 entwickelten Ansicht.

Es folgt aus dieser Bejahung von selbst, daß auch die Rechtsmittel, wenn dergleichen gegen die Ertheilung oder Versagung der Ermächtigung statthaft sein sollten, vor die Obergerichte gehören würden.

*) Ebenso verhält es sich mit der Einweisung in Besitz und Gewahr einer Erbschaft. (L.R.S. 770.) Vergl. Annalen XIV. 197. 265.

Die Statthaftigkeit ist aber nichts weniger als ausgemacht.

Die Frau hat gegen die Weigerung des Mannes, ihr die gewünschte Ermächtigung zu ertheilen, nach den L.R.S. 218 u. 219 einen Recurs an das Gericht, welches nach Umständen die Ermächtigung geben oder versagen kann.

Ob aber gegen die Entschließung des Gerichts irgend ein Rechtsmittel, ein höherer Instanzenzug zulässig sei, darf bezweifelt werden, da es sich ja hiebei nicht um Mein und Dein, und insofern nicht um eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit handelt.

Es wäre wohl auch etwas ganz Abnormes, wenn über die Frage der Ermächtigung bis in die dritte Instanz unter den Eheleuten prozessirt werden könnte, während vielleicht das Rechtsgeschäft, zu welchem die Frau ermächtigt sein will, nicht einmal die zur Appellation erforderliche Summe importirt. Und doch muß nach den §§. 1126 u. 1192 der P.O. eine gewisse Summe, ein bestimmbarer Werth, im Streit begriffen und Gegenstand der Beschwerde sein, wenn ein Obergericht in II. oder III. Instanz mit einem Rechtsmittel soll angegangen werden können.

Der Werth des Hofguts kann nicht als Grundlage angenommen werden, weil dasselbe nicht Gegenstand des Streites ist. Die Ausnahmsbestimmung von den Standesklagen, hinsichtlich welcher nach §. 1128 No. 7 der P.O. die Appellation ohne Rücksicht auf das Dasein einer bestimmten Summe statt findet, leidet keine Ausdehnung oder analoge Anwendung auf den vorliegenden Fall, und so sieht man sich vergebens nach einem Gesetze um, nach welchem hier ein prozessualisches Rechtsmittel und gar das der Oberappellation zulässig wäre.

Das großh. Staatsministerium hat auch nur ausgesprochen, daß über die ergriffenen Rechtsmittel die Gerichte zu erkennen haben, welchen mithin die Entscheidung über deren prozeßrechtliche Zulässigkeit unverkümmert vorbehalten bleibt. †.

II.

Handelsgerichte.

Obertribunalrath Gelpke theilt in seiner Zeitschrift für Handelsrecht (Berlin 1852) 3. Heft S. 3—18 die Resultate der Thätigkeit der rheinpreußischen Handelsgerichte mit, und es mag auch für die Leser der Annalen

nicht uninteressant sein, einiges daraus zu erfahren, weßhalb ich einen gedrängten Auszug davon gebe. Die preußischen Rheinprovinzen, mit einer Einwohnerzahl von beinahe 2 Millionen Seelen, haben 7 Handelsgerichte, nämlich in Aachen, Coblenz, Cöln, Crefeld, Elberfeld, Gladbach und Trier. Das Gericht besteht aus drei Richtern und einem Gerichtsschreiber; die Richter sind sämmtlich (den Vorsitzenden eingeschlossen) Kaufleute, welche von den Notabeln der Kaufmannschaft des Bezirks auf je zwei Jahre gewählt werden, jedoch der Bestätigung des Königs bedürfen. Um gewählt werden zu können, ist ein Alter von 30 Jahren und ein fünfjähriger Betrieb eines Handelsgeschäfts erforderlich. Failliten und zu entehrenden Strafen verurtheilte Personen sind ausgeschlossen. Es werden, je nach dem Bedürfniß, bis zu neun ordentliche und eine entsprechende Anzahl Ergänzungsrichter gewählt, jährlich tritt die Hälfte derselben aus, die Ausgetretenen können erst nach Ablauf eines Jahrs wieder gewählt werden. Die Richter werden beeidigt, sie erhalten keine Zahlung.

Das Verfahren vor den Handelsgerichten ist mündlich und öffentlich, es ist möglichst einfach; die Partheien können persönlich erscheinen und bedürfen keiner Vertreter. Die Competenz der Handelsgerichte ist durch den Code de commerce Art. 631 u. ff. (badisches Handelsgesetzbuch Art. 1) bestimmt; die Berufung geht an den Appellhof in Cöln, findet aber nur in Sachen, die den Werth von 1000 Franken übersteigen, statt.

Die Bemerkung mag hier vielleicht nicht am unrechten Orte sein, daß man, wie überhaupt in den Rheinprovinzen, wo das französische Verfahren gilt, so auch bei den Handelsgerichten, prozeßleitende Verfügungen nicht kennt; das Gericht erläßt nur Urtheile oder Vorbescheide, alles übrige ist der Thätigkeit der Partheien überlassen, welche durch die Gerichtsboten, deren mehrere bei jedem Gerichte angestellt sind, die Gegenparthie laden lassen. Die Ladung enthält nur die summarische Angabe der Klaggründe, (Code de pr. Art. 61) indem die weitere Ausführung der mündlichen Verhandlung, zu welcher die Partheien persönlich vorgeladen werden können, (ibid. Art. 428) vorbehalten bleibt, die Frist, welche dem Beklagten bei der Ladung vergönnt werden muß, beträgt nur e i n e n Tag (Art. 416.) In Fällen, welche Beschleunigung erheischen, kann der Präsident den Beklagten sogar auf j e d e S t u n d e des nächstfolgenden Tages vorladen lassen. Art. 417. Wenn der Beklagte nicht erscheint, ergeht ein Versäumungserkenntniß, dessen Zustellung der Kläger durch den Gerichtsboten bewirken muß, Art. 435; der Beklagte kann innerhalb 8 Tagen Opposition einlegen, d. h. Wiederherstellung nachsuchen, wenn er innerhalb dieser Zeit dem Kläger sein deßfallsiges Gesuch nebst summarischer Angabe der Gründe (d. i. der Vernehmlassung auf die Klage) zustellen läßt. Art. 437. Um dem Beklagten diese Zustellung zu erleichtern, ist in Art. 435 vorgeschrieben, daß der Kläger, welcher ein Versäumungserkenntniß zustellen läßt, an dem Ort, wo die Zustellung geschieht, Domicil wählen muß, sonst ist die Zustellung nichtig. Durch solch einfache Mittel wird es möglich, ohne prozeßleitende Verfügungen die Prozesse spruchreif zu machen, und sie schnell und ohne große Kosten zur Erledigung zu bringen. Es ist nicht der Ort, eine detaillirte Darstellung des Verfahrens, über welches man sich aus dem Code de pr. Art. 414—442 belehren kann, zu geben. Die obigen Andeutungen mögen genügen, um darzuthun, wie viel man erreichen kann, wenn man aufhört, die Prozesse durch die Gerichte leiten zu lassen, und wenn man ein wirklich mündliches Verfahren einführt.

Nun zu den versprochenen statistischen Notizen:

1) Der Gerichtsbezirk Aachen hat 406,000 Einwohner; das dortige Handelsgericht zählt 5 ordentliche und 4 Ergänzungsrichter. Im Jahr 1850 hatten diese zu bewältigen:

a) an älteren Prozessen . . .	99.
b) an neu hinzu gekommenen . .	1039.
Zusammen:	1138.
Davon wurden erledigt . . .	1050.
Es blieben daher am Schlusse des Jahres noch übrig	88.
Dazu kamen im Jahr 1851 . .	902.
Zusammen:	990.
Davon wurden erledigt . . .	935.
Rest:	55.

2) Der Bezirk von Coblenz hat eben so viele Richter wie der vorige bei einer Einwohnerzahl von 341,000.

In dem Jahr 1850 waren anhängig:

a) an ältern Prozessen . . .	103.
b) an neuern	1010.
Zusammen:	1113.

Davon wurden erledigt . . . . 1027.
Es blieben mithin: 86.
Dazu kamen im Jahr 1851 . . . 950.
Zusammen: 1036.
Davon wurden erledigt . . . . 939.
Rest auf das Jahr 1852: 97.

An Urtheilen sind ergangen:
a) im Jahr 1850 . . . . . 1329.
nämlich Vorbescheide . . . 318.
Contumacialerkenntnisse . . 657.
contradiktorische . . . . 354.
b) im Jahr 1851 . . . . . 1227.
Vorbescheide . . . . . 352.
Contumacial- . . . . . 604.
contradiktorische . . . . 271.

3) der Bezirk von Cöln hat nur 283,000 Einwohner dagegen 9 ordentliche und 8 Ergänzungsrichter.

Im Jahr 1850 waren dort anhängig:
a) ältere Prozesse . . . . . 219.
b) neuere „ . . . . . 3357.
Zusammen: 3576.
Davon wurden erledigt . . . . 3356.
Es gingen daher in das Jahr 8851 über . . . . 220.
Im Jahr 1851 kamen dazu . . . 2802.
Zusammen: 3022.
Erledigt wurden . . . . . 2677.
Rest: 345.

An Urtheilen ergingen im Jahr 1850:
a) Vorbescheide . . . . . 666.
b) Contumacial- . . . . 2584.
c) contradiktorische . . . . 787.
Zusammen: 4037.

im Jahr 1851:
a) Vorbescheide . . . . . 436.
b) Contumacial- . . . . 2156.
c) contradiktorische . . . . 622.
Zusammen: 3214.

Es setzt dieses Resultat gewiß eine erstaunliche Leichtigkeit der Geschäftsbehandlung voraus. Ob es aber möglich wäre, eine solche Masse von Prozessen zu bewältigen, wenn das Gericht sich mit der Prozeßleitung zu befassen hätte, wird kaum in Frage stehen. Dagegen wird jeder Sachkundige zugeben, daß die s. g. Prozeßleitung nur eine unnöthige Vielschreiberei ist.

4) Der Bezirk von Crefeld mit 180,000 Einwohnern hat 6 ordentliche und 4 Ergänzungsrichter.

Im Jahr 1850 waren anhängig:
59. ältere und
825. neuere Prozesse.
Zusammen: 884.
Erledigt wurden 837.
Rest: 47.
Im Jahr 1851 kamen 761. dazu.
Zusammen: 808.
wovon erledigt wurden 775.
verblieben: 33.

5) Im Bezirk Elberfeld mit 231,000 Einwohnern sind 6 ordentliche und 8 Ergänzungsrichter. Dort waren im Jahr 1850
17. ältere und
1281. neuere Prozesse anhängig.
Zusammen: 1298.
Es wurden 1284. erledigt,
verblieben also 14.
Im Jahr 1851 kamen 1567. dazu,
es waren also anhängig 1581.
wovon erledigt wurden 1551.
mithin 30. verblieben.

6) Der kleinste Bezirk Gladbach mit 136,000 Einwohnern hatte im Jahr 1850 nur
502. Prozesse anhängig, wovon
493. „ erledigt wurden,
verblieben mithin 9.
Dazu 476 im Jahre 1851
gibt 485.
Davon wurden 476. erledigt,
verblieben mithin 9.

7) In dem Bezirk Trier mit 332,000 Einwohnern, wurden im Jahr 1850 von 832 anhängigen Sachen 804 erledigt, verblieben also 28; hiezu kamen im Jahr 1851 718 Sachen, es waren mithin anhängig 746 Sachen, wovon 726 erledigt wurden, mithin nur 20 verblieben.

In der ganzen Rheinprovinz mit 1,900,000 Einwohnern waren bei den Handelsgerichten im Jahr 1849 anhängig
12482. Prozesse,
von denen erledigt wurden 11936.
mithin 546. verblieben.
Im Jahr 1850 kamen 8797. dazu.
Zusammen: 9343.

Erledigt wurden 8851.
Es verblieben also 492.
Im Jahr 1852 kamen 8176. dazu.
Zusammen: 8668.
wovon erledigt wurden 8079.
verblieben mithin 589. oder 15. Theil, gewiß ein ehrenvolles Resultat.

Zu dieser Erledigung waren Urtheile erlassen im Jahr 1849:

2393. Vorbescheide,
3484. contradiktorische,
7218. Contumacialurtheile.
Zusammen: 13095.

im Jahr 1850:

2027. Vorbescheide,
2637. contradiktorische,
5363. Versäumungserkenntnisse.
Zusammen: 10027.

im Jahr 1851:

1737. Vorbescheide,
2325. contradiktorische,
5094. Contumacialurtheile.
Zusammen: 9156.

Aus diesen statistischen Berichten läßt sich nachweisen, daß, wenn man bei uns die Prozeßleitung den Anwälten überlassen und ein wirklich mündliches Verfahren auch in erster Instanz einführen wollte, man ohne Kostenvermehrung Collegialgerichte erster Instanz dadurch erhalten würde, daß man alle Sachen, welche eine zu bestimmende Summe überschreiten, an die Hofgerichte in erster und an das Oberhofgericht in zweiter und letzter Instanz weisen, dagegen alle Sachen bis zu jener Summe durch die jetzigen Einzelrichter, als Friedensrichter, für welche ein sehr einfaches Verfahren vorzuschreiben wäre, entscheiden lassen würde. Drei Instanzen sind unnöthiger Luxus, sie vertheuern und verlängern die Prozesse; zwei gut besetzte Collegialgerichte sind ausreichend. Zudem ist für die kleinern Sachen unser Verfahren zu förmlich. Der Grundsatz, daß alles thatsächliche Material in die Akten niedergelegt sein muß, daß erhebliche Thatsachen nicht nachgetragen werden können, macht die Akten dickleibig, erschwert die Instruktion der Prozesse, setzt die Richter in vielfache Verlegenheit, und zwingt sie häufig, das materielle Recht den Formen zu opfern. In den Strafsachen ist der obige Vorschlag schon praktisch durchgeführt; die Einzelrichter entscheiden nur in unbedeutenden Sachen. Die bedeutenderen, soweit sie nicht vor die Geschworenen gehören, werden in erster Instanz von den Hofgerichten, in zweiter von dem Oberhofgericht erledigt. Diese Einrichtung ist nur auf die Civilsachen zu übertragen.

Dr. Ladenburg.

III.

Die §§. 604 u. ff. der neuen Prozeß-Ordnung in ihrer Anwendung auf den Exekutiv- und Wechsel-Prozeß.

Nach §. 694 der P.O. soll der Beklagte im Exekutiv-Prozeß unter einem bestimmten Präjudiz vorgeladen werden; erscheint derselbe nicht, so wurde nach der alten Prozeßordnung das angedrohte Präjudiz realisirt und es erging ein Versäumungs-Erkenntniß, welches auf die Liegenschaften des Schuldners eingetragen werden konnte, und dem Kläger jedenfalls eine Sicherheit für die nachfolgende Exekution gewährte. Bei Wechselklagen kam noch der weitere Vortheil hinzu, daß das Urtheil nach §. 705 die Bestimmung enthalten mußte, den Kläger binnen drei Tagen bei Vermeidung der Vollstreckung zu befriedigen, nach deren fruchtlosen Ablauf dieser die Wahl hatte, Personalarrest oder Pfändung zu beantragen. Hierdurch war für schleunige Rechtshülfe hinreichende Vorsorge getroffen.

Freilich konnte der Beklagte Restitution erwirken; aber die durch den Eintrag des Urtheils erlangte Sicherheit ging dadurch nicht verloren. Ferner mußte der Beklagte, wollte er die Vollstreckung vermeiden, schon innerhalb der drei Tage seine Vernehmlassung abgeben; der etwa entstehende Prozeß war daher sehr bald seiner Erledigung zugeführt.

Seit Einführung der neuen P.O. wendet man aber die Vorschriften der §§. 604 u. ff. auch auf den Exekutiv- und Wechsel-Prozeß an, d. h. der Beklagte wird zunächst unter dem gesetzlichen Präjudiz vorgeladen und wenn er nicht erscheint, wird eine zweite Tagfahrt, die wenigstens acht Tage hinausgesetzt wird, anberaumt. Dieses Verfahren entspricht weder dem Geiste des Exekutivprozesses, noch dem Wortlaut des §. 705 der neuen P.O., da nach diesem eine Tagfahrt nicht über drei Tage hinausgesetzt werden darf. Man kann doch wohl dem, welcher der richterlichen Auflage gar keine Folge leistet, keine größere Vergünstigung gewähren, als dem-

jenigen, welcher wenigstens erschienen ist, und aus erheblichen Gründen um Verlegung der Tagfahrt gebeten hat.

Diesem dürfen aber nur drei Tage gewährt werden, während jenem die Praxis acht Tage mindestens gestattet. Hie und da wird sogar die Tagfahrt noch weiter hinaus verlegt, weil man die Zeit, welche zur Zustellung des Beschlusses an den Beklagten nothwendig ist, hinzurechnet, damit dieser wenigstens acht freie Tage hat. Wohnt der Beklagte nicht am Sitz des Gerichts, so können hierdurch leicht Verzögerungen der unangenehmsten Art eintreten, welche die Absicht des Gesetzgebers vollständig vereiteln. Es dürfte daher wohl der Mühe werth sein, die Frage zu erörtern, ob es angemessen wäre, den Exekutiv- und Wechsel-Prozeß von der Bestimmung der §§. 604 u. ff. in der nemlichen Weise auszunehmen, wie es nach §. 607 der P.O. hinsichtlich der Klagaufforderungen, der öffentlichen Vorladungen und der bedingten Zahlbefehle geschehen ist? Der Gesetzgeber wollte durch den Exekutiv- und Wechsel-Prozeß die Möglichkeit eines beschleunigten Verfahrens an die Hand geben, und hat deßhalb in §. 694 der P.O. eine besondere Art der Ladung, deren Consequenz in §. 697 sich ausgedrückt findet, vorgeschrieben.

Bei Anwendung der §§. 604 u. ff. auf den Exekutivprozeß muß aber Umgang von dieser besonderen Ladung genommen werden, indem der Beklagte nur unter dem gesetzlichen Nachtheil geladen werden kann.

Worin besteht aber dieser gesetzliche Nachtheil?

Nur allein darin, daß wenn er nicht erscheint, er abermals, und zwar diesmal nach §. 694 geladen wird. Eine Beschleunigung im Vergleich zu dem gewöhnlichen Verfahren ist daher nicht eingetreten. Wenn man hiergegen geltend machen will, daß nach dem alten Verfahren ein bei dem ersten Nichterscheinen ergangenes Versäumungserkenntniß durch ein Restitutionsgesuch beseitigt werden konnte, so übersieht man den großen Vortheil, welchen der Eintrag des Versäumungserkenntnisses gewährte. So hat Einsender z. B. eine bedeutende Wechselforderung gegen Rindeschwender nur durch einen solchen Eintrag gerettet; hätte das neue Verfahren damals schon Geltung gehabt, so wäre diese Forderung muthmaßlich verloren gegangen.

An den Wechselprozeß hat man aber bei der Fassung des §. 608 der P.O. gar nicht gedacht, sonst hätte man die wenigstens scheinbare Antinomie mit §. 705 gewiß vermieden.

Hier wird festgesetzt, daß die Verhandlung über eine Wechselklage nicht über drei Tage hinausgesetzt werden darf; dort dagegen, daß wenn der Beklagte ausbleibt, eine neue Tagfahrt von mindestens acht Tagen anberaumt werden soll. Hier wird bestimmt, daß eine Verlegung der Tagfahrt nur unter der Voraussetzung, daß ein unabwendbares Hinderniß angeführt und zugleich bescheinigt wird, stattfinde, dort dagegen, daß wenn der Beklagte nicht erscheint, eine andere Tagfahrt anberaumt werden muß. Der Ungehorsame ist daher besser gestellt, als der Gehorsame, eine Consequenz, die sicher nicht in der Absicht des Gesetzgebers lag, da sie dem Ansehen der Gerichte sowohl wie der Achtung vor dem Gesetze nur nachtheilig sein kann. In dieser Beziehung möchte überhaupt die durch die §§. 604 u. ff. bewirkte Abänderung der alten P.O. nicht als Verbesserung bezeichnet werden können. Denn es macht stets den ungünstigsten Eindruck, wenn der Richter, im Fall des Ausbleibens einer Partei, kein anderes Mittel gegen den Ungehorsamen hat, als ihn abermals zu laden, wobei die erschienene Partei offenbar den größern Nachtheil leidet, weil sie, wiewohl sie das erstemal anwesend war, doch das zweitemal wieder erscheinen muß. Da nun außerdem der Kläger dem Gerichtstand des Beklagten folgen muß, so ist, wenn beide an verschiedenen Orten wohnen, Jener genöthigt, zweimal die Reise zu dem Gerichte des Beklagten zu machen, und nur darum, weil es diesem beliebt, die Sache zu verschleppen, und das Gesetz ihm darin trefflich zur Seite steht. Die kleine Geldstrafe, welche den Ausbleibenden trifft, ist kein hinreichendes Schutzmittel gegen böswillige Schuldner zumal im Vergleich zu dem Zeit- und Geld-Verlust des Gläubigers, der, wenn er einen Anwalt aufstellen will, nicht einmal sicher ist, den Kosten-Ersatz zu erlangen.

Bedenkt man nun, daß der Beklagte dasselbe Manöver in einem und dem nemlichen Prozeß öfter wiederholen kann, so treten die aus der Neuerung entspringenden Nachtheile nur um so greller an den Tag, weßhalb die Gesetzgebung hinreichenden Grund hätte, hier helfend einzutreten.

Dr. Ladenburg.

Anzeige.

Durch zuverlässige Mittheilung sind wir in den Stand gesetzt, unter Bezug auf die im vorigen Blatte S. 223 „über die Rechtspflege der Bürgermeisterämter" enthaltene Erörterung vorläufig hier anzudeuten, daß ehestens eine Instruktion für die Bürgermeister in ihrer Eigenschaft als Richter die Presse verlassen und im Buchhandel erscheinen wird.

D. R.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXI. **No. 30.** Mannheim, 22. Juli 1854.

I.

Schwurgerichtsfall.

Mittwoch den 28. Juni d. J. begann in Bruchsal die Verhandlung über den letzten Straffall des zweiten Quartals J.U.S., gegen Martin Schaudt von Rüppurr wegen Mords und Mordsversuchs, sowie gegen Karl Furrer und Johann Furrer von da, wegen Beihilfe.

Durch Verweisungserkenntniß der Anklagekammer des großh. Hofgerichts des Mittelrheinkreises vom 29. Mai d. J. war

A. der 47 Jahre alte, verheirathete Taglöhner

Martin Schaudt von Rüppurr

wegen der Anschuldigung:

daß er Samstags den 4. März l. J., Abends zwischen 9 und 10 Uhr, sich in das Haus seines Bruders des Gemeinderechners Schaudt zu Rüppurr begeben, daselbst in die neben der Wohnstube befindliche Schlafkammer, wo die Ehefrau des Gemeinderechners Schaudt und die ledige Juliane Schäfer beisammen in einem Bette schliefen, gegangen, und in dem vorbedachten Entschluß, beide zu tödten, mit einem mitgebrachten scharfen Beile zuerst der Ehefrau mittelst der Schärfe dieses Beiles mehrere so tief in das Gehirn eindringende Verletzungen beigebracht habe, daß der Tod noch in derselben Nacht eingetreten ist, daß er ferner alsbald auch der neben ihr liegenden Juliane Schäfer mit der Schärfe desselben Beiles mehrere Verletzungen am Kopfe und am rechten Arme zugefügt habe, welche eine vierzehntägige Krankheit und zweimonatliche Arbeitsunfähigkeit und voraussichtlich noch die Lahmheit eines Fingers derselben zur Folge hatten, so daß die beabsichtigte Tödtung nur durch die aus dem nahen Fenster ganz schnell möglich gewesene Flucht abgewendet wurde,

demnach wegen mit Vorbedacht sowohl vollbrachten als versuchten Mordes nach Ansicht der §§. 205. 106. 107. und 114 des St.G.B.,

B. der 46 Jahre alte Maurer und Wittwer

Karl Furrer

und dessen Sohn, der ledige

Johann Furrer von Ruppurr,

wegen der Anschuldigung:

daß sie den Martin Schaudt durch verschiedene Handlungen, insbesondere durch Einbrechen eines Loches in die Zwischenmauer zwischen Stall und Küche in dem Hause des Verrechners Schaudt und durch Beobachten des Letzteren und Reinigen und Beseitigen des Beiles Beihilfe geleistet haben,

sonach wegen Beihilfe nach §§. 134. 135. 136. 137. des St.G.B., sowie nach §. 41[1] und 43 des Einf.-Gesetzes vom 5. Februar 1851 vor das Schwurgericht des Mittelrheinkreises verwiesen worden.

Die Verhandlung leitete der großh. Hofgerichtsrath Hildebrand, als Staatsanwalt funktionirte der großh. Hofgerichtsrath Haaß, zur Vertheidigung des Martin Schaudt war Obergerichtsadvocat Joachim, zur Vertheidigung der beiden Furrer Obergerichtsadvocat Trefurt bestellt.

Am 28. Juni begann die Verhandlung. Bei der Bildung des Schwurgerichts wurde sowohl von Seiten des Staatsanwalts als der Vertheidigung das Verwerfungsrecht vielfach ausgeübt. In dem Verhör mit den Angeklagten versicherten Alle ihre Unschuld, Martin Schaudt mit der Behauptung, er habe sich Samstag den 4. März um 8 Uhr Abends in das Bett gelegt und geschlafen, bis ihn ge-

gen Morgen sein Bruder durch Karl Furrer habe rufen lassen.

Nun wurde die Verhandlung abgebrochen und Montag den 3. Juli mit Vernehmung der Zeugen und Auskunftspersonen fortgesetzt, deren Zahl sich über 66 belief. Am Dienstag den 4. Nachmittags kam es zur Erhebung der gerichtsärztlichen und chemischen Gutachten und am Mittwoch den 5. wurde mit dem Vortrage des Staatsanwalts begonnen.

Aus der Verhandlung dieses Falls, welche Mittwoch den 5. Juli Abends 8½ Uhr zu Ende ging und von dem Vorsitzenden mit Würde, Ruhe, Unpartheilichkeit und Gründlichkeit geleitet wurde, ergab sich folgender Sachverhalt:

Die Johann Schaudtischen Eheleute hatten keine Kinder und deßhalb die Tochter eines Bruders der 59 Jahre alten Ehefrau zu sich genommen, welcher diese ihr ganzes Vermögen zu vermachen vorhatte. Auch Johann Schaudt hatte vor, ihr sein Haus und ein Stück Feld um einen billigen Anschlag zu übergeben. Er hatte deßhalb schon einen jetzt auswärts wohnenden Notar, welcher ihm seit Jahren seine Rechnung gestellt hatte, berathen.

Dieser, Notar Knoch von Wiesenthal, gab an, Johann Schaudt habe ihn gebeten, die Sache geheim zu halten, sie seien sonst ihres Lebens nicht mehr sicher.

Im Orte ging aber dennoch das Gerücht, daß ein Testament zu Gunsten der Juliane Schäfer schon errichtet sei.

In dem einstöckigen Wohnhaus des Gemeinderechners Johann Schaudt in Rüppurr führt von der Straße die Hausthüre in den Hausgang, von welchem man in die Wohnstube gelangt. An diese stößt eine Kammer, in welche eine Thüre führt, die vom Wohnzimmer aus verriegelt werden kann. In der Kammer stand das Bett, in welchem die Ehefrau des Gemeinderechners mit ihrer Nichte schlief; in der Wohnstube das des Johann Schaudt und ein einfacher, der Gemeinde gehöriger verschlossener Schrank, worin nebst den Akten auch die Baarvorräthe der Gemeinde mit 2247 fl. 25 kr. verwahrt waren. Den Schlüssel dazu trug der Verrechner beständig bei sich. Daß er sich im Besitz einer großen Geldsumme befinde, war in der Gemeinde bekannt, welche sich dafür verwendete, daß ein Theil des Geldes, der Erlös aus verkauftem Holze unter die Bürger vertheilt wurde.

Juliane Schäfer gab an, sie habe seitdem das Geld dagewesen sei, immer Furcht gehabt, es könne ihnen ein Leids geschehen, und deßwegen daran gedacht, sich in einem solchen Fall durch das Fenster neben dem Bette zu retten.

Auch versichert Margarethe Konrad, sie habe einmal die Ehefrau des Verrechners sagen hören, sie habe so Angst wegen des Geldes, das ihr Mann im Hause habe.

Samstag den 4. März, Abends gegen 8 Uhr bemerkte der Verrechner Johann Schaudt und Juliane Schäfer, während sie sich im Wohnzimmer aufhielten, einen Kopf an dem innen mit einem Vorhang versehenen Fenster, welches von der Wohnstube auf den Hof geht. Johann Schaudt, dessen Ehefrau bereits zu Bette lag, unterließ in der Meinung, ein lediger Bursche habe hereingeschaut, jede weitere Nachforschung, und ging wie gewöhnlich in das gegenüberliegende Wirthshaus zur Krone. Juliane Schäfer las im Wohnzimmer noch ein Abendgebet und und sah den Kopf noch einigemal am Fenster erscheinen. Da er jedesmal, wenn sie aufschaute, schnell verschwand, öffnete sie dasselbe, erblickte aber Niemand außen. Weder vor dem Erscheinen des Kopfes am Fenster noch nach dessen Verschwinden hatte sie ein Geräusch vernommen. Doch hörte sie einmal ein Gepolter, achtete aber nicht darauf und legte sich dann neben und hinter ihre Tante, auf der gegen die Wand gekehrten Seite desselben Bettes auch nieder, wo sie bald einschlief.

In dem Kronenwirthshause waren unterdessen einige Gäste schon vor dem Verrechner Johann Schaudt eingetroffen gewesen, unter ihnen auch Karl Furrer, der auf die an ihn ergehende Aufforderung mit Jenem gegen seine Gewohnheit an einem Kartenspiel theilnahm.

Als das Spiel nach 9 Uhr zu Ende war, hielt ein Gespräch die Gäste noch beisammen, da stürzte plötzlich eine Gestalt mit blutendem Kopfe, nur mit einem Hemde bekleidet, das gleichfalls mit Blut besudelt war, in das Zimmer. Kaum hatte einer der Anwesenden in der Meinung, es sei dies eine übel ersonnene Mummerei, ausgerufen: Was sind das für einfältige Späße? so rief die Eingetretene, die nun als die Nichte und Pflegtochter des Gemeinderechners Johann Schaudt erkannt wurde: „Ach Vater, um Gotteswillen kommt und helft!" und stürzte wieder zur Thüre hinaus. Die Anwesenden eilten ihr nach, über die Straße an das gegenüberliegende Haus des Gemeinderechners und fanden die von den Bewohnern unverschlossen gelassene Hausthüre verschlossen. Während diese eingestoßen wurde, brach Juliane Schäfer zusammen und wurde in das Kronenwirthshaus zurück und dort in ein Bett gebracht. Die Uebrigen traten nach

Erbrechung der Hausthüre des Gemeinderechners — welche von innen verriegelt worden war — in dessen unverschlossenes Wohnzimmer, fanden dort den Schrank, welcher die Gemeindsgelder enthielt, unerbrochen, allein im anstoßenden Nebenzimmer die Frau des Johann Schaudt in ihrem Blute auf dem Boden liegend, die Füße gegen das Kopfende des Bettes gekehrt. Sie wurde aus der Blutlache weggezogen und an die Wand gelehnt, konnte aber nicht mehr sprechen, sondern ließ röchelnd nur einzelne unartikulirte Laute hören. In ihr mit einem Streifen von Blutflecken besudeltes Bett zurückgebracht, starb sie nach Mitternacht.

Bei den ärztlichen Besichtigungen ergab sich, daß sie zwei Kopfwunden hatte, deren eine die rechte Seite des Gehirns in einer Länge von zwei ½ Zollen spaltend und zersplitternd bis auf die Grundfläche desselben, die andere auf der linken Seite des Kopfes ebenfalls in die Schädelhöhle eingedrungen war und die Hirnsubstanz verletzt hatte, welche durch die Wunden hervordrang. Nach dem ärztlichen Gutachten führten dieselben den von ihrem Urheber mit Gewißheit vorauszusehenden Tod der Johann Schaudt'schen Ehefrau unmittelbar und vermöge ihrer allgemeinen gehäuften Tödtlichkeit herbei.

Juliane Schäfer hatte ebenfalls mehrere Verletzungen, vier am Kopfe, welche sämmtlich von der Mitte des Schädels nach links verliefen, und wovon eine bis in den Knochen eindrang, und eine andere die Speicheldrüse vertikal vor dem rechten Ohre durchschnitt, zwei am rechten Arme, deren eine die Strecksehne des rechten Daumens, die andere in die Weichtheile der Ellenbogenröhre einschnitt. Ohne daß ihr Leben gefährdet erschien, wurde sie nach 14 tägiger Krankheit und zweimonatlicher Arbeitsunfähigkeit geheilt, doch wird voraussichtlich ihr Daumen gelähmt bleiben.

Nach dem gerichtsärztlichen Gutachten bediente sich der Urheber der Verletzungen hierzu eines scharfen schweren Beils mit kurzem Stiel, mit demselben in dem niederen Zimmer zu kräftigen Streichen rasch ausholend.

Die Nachsuchung im Hause nach dem Thäter hatte keinen Erfolg, doch entdeckte man, daß das von Juliane Schäfer nach ihrer Versicherung geschlossene Küchenfenster offen stand und auf dem unterhalb dieses Fensters hinziehenden steinernen Sockel Spuren von rothgefärbter Erde, nach der chemischen Untersuchung mit Blut getränkt, woraus man folgerte, daß der Mörder vor der Ankunft der auf den Hilferuf der Juliane Schäfer herbeieilenden Nachbarn zu diesem Küchenfenster hinaus entflohen sei.

Man entdeckte ferner, daß vom Stalle aus, dessen Fenster ausgehoben war, in die ihn von der Küche scheidende 5" dicke Wand durch Herausschlagen der Backsteine ein 14" breites und 9—10" Zoll hohes Loch eingebrochen war. Vor dessen Einmündung in die Küche stand eine Wasserbank mit einer querüberlaufenden Leiste und auf dieser Bank standen zwei an demselben Abend mit Wasser gefüllte Kübel. Daraus, daß weder die Bank von der Stelle gerückt, noch Wasser aus den Kübeln verschüttet war, folgerte man, daß diese ohnedem zu kleine Oeffnung nicht zum Einschleichen in das Haus benützt worden, sondern daß der Mörder durch die offene Hausthüre und nach Vorschieben des innen an derselben angebrachten Riegels vom Hausgange aus in das Wohnzimmer und von da in die anstoßende Schlafkammer eingetreten sei.

Am Morgen nach der That, früh 5 Uhr, fand Brigadier Reinhold vor jener Oeffnung im Stalle den Deckel einer Tabakspfeife.

Juliane Schäfer vermochte mehr nicht anzugeben, als daß sie, von ihrer Tante angestoßen, erwacht und aufgefahren sei, ohne recht zu sich zu kommen, gefühlt habe, daß auf sie geschlagen werde und nun instinktartig rasch das Bett verlassen und das Fenster neben demselben geöffnet habe, hinausgesprungen und in die Krone geeilt sei, um dort ihren Pflegevater zu rufen. Gesehen habe sie Niemand.

Die auf die Anzeige von dem Verbrechen bei dem großh. Landamte Karlsruhe mit dem Untersuchungsrichter alsbald herbeigeeilte Gendarmerie stellte sofort in und um Rüppurr die umfassendsten Nachsuchungen nach dem Thäter und nach ihn verrathenden Spuren des Verbrechens an, aber ohne Erfolg.

Gegen Martin Schaudt, den Bruder des Ehemanns der Erschlagenen, den dieser noch in der Nacht des 4. März zu sich hatte rufen lassen und zur Aushilfe in seiner Wohnung behielt, wurde erst Donnerstag den 9. März gerichtlich eingeschritten, nachdem man an einem Handtuche, an der Stubenthüre und an der Thürbekleidung seiner Wohnung mehrere, noch ziemlich frische Blutspuren entdeckt hatte.

Nach sorgfältiger Untersuchung entdeckte man ähnliche Spuren in den leinenen Hosen des Angeklagten.

Auch sagte Johann Joachim, welcher mit Martin Schaudt

im Walde gearbeitet hatte, und als dieser vom Montag den 6. März an bei der Arbeit sich nicht mehr einfand, am Mittwoch den 8. März in dessen Wohnung ging, um ihn wegen seines Holzhauergeschirrs zu sprechen, aus, er habe, vor der Stubenthüre des Martin Schaudt angelangt, innen heftig sprechen hören und deßhalb ein wenig zugewartet. Da habe er vernommen, wie Martin Schaudt seine Frau darüber zur Rede gestellt habe, warum sie nicht gestern schon sein Wamms ausgewaschen? worauf diese erwiedert habe, es sei ja roth. Hierauf habe Martin Schaudt gedroht, er gebe ihr Ohrfeigen, die Kinder haben zusammen geschrieen, und als er nun rasch eingetreten sei, um Mißhandlungen abzuwenden, habe sich die Frau auf das Bett gesetzt und Martin Schaudt auf und abgehend sie mit den, dem vorausgegangenen Zank nicht entsprechenden Worten angefahren: Man mag dir Geld geben so viel man will, so reichst du nicht aus!

Durch die Untersuchung stellte sich ferner folgendes heraus:

A. Martin Schaudt hatte seit einiger Zeit gemeinschaftlich mit seinem verwittweten Schwager Karl Furrer und dessen 17 jährigem Sohne Johann in der Nähe des Hauses des Gemeindsrechners Schaudt und in derselben Straße eine Stube bezogen, welche ihnen Allen als Raum zum Wohnen und Schlafen diente.

Sein Erwerb reichte zum Unterhalt seiner Familie, die aus Frau, zwei Töchtern und einem Knaben bestand, nicht mehr aus und er war zuletzt genöthigt gewesen, seine Sonntagskleider für 5 fl. im Leihhaus zu Karlsruhe zu versetzen, um sich Nahrungsmittel zu verschaffen. Diese wieder auslösen zu können, wünschte er lebhaft und forderte seine beiden Mädchen auf, recht zu schaffen, damit Geld zum Einlösen beikomme, sonst würden sie noch sehen, was es gebe.

Im Februar wendete er sich auch durch seine Schwester, die Ehefrau des Philipp Müller, an seinen Bruder Johann um das zum Auslösen nöthige Geld; dieser schlug es aber mit dem Bemerken ab, er habe selbst keines, und versichert, seitdem habe er von seinem Bruder Martin keinen freundlichen Blick mehr bekommen. Martin Schaudt galt unter seinen Mitbürgern für einen mit seinem Schicksal unzufriedenen Mann von harter, roher Gemüthsart, als herzlos und kalt.

Mit seiner Frau, die früher mehrere Jahre an Geisteskrankheit in Illenau behandelt worden war, lebte er im Unfrieden und mißhandelte sie häufig. Gegen Gemeindsnachbarn, die mit ihm in Conflict geriethen, zeigte er sich trotzig, rachsüchtig und gewaltthätig.

Er ist ein stämmiger Mann mittlerer Größe, hat einen unheimlichen Ausdruck in den Augen und seine harten Züge verrathen Entschlossenheit. Er sprach bis zur Unverständlichkeit schnell und leugnete auf alle an ihn gestellten Fragen und ihm gegenüber abgelegten Zeugnisse, auch die unbedeutendsten Thatsachen ab. „Ich bin die ganze Nacht nicht aus dem Bett gekommen und bin unschuldig!" oder „ich weiß von nichts, ich war nicht dabei und ich bin unschuldig!" waren seine ständigen Antworten.

Seiner Vertheidigung widersprach die von seiner 16 Jahre alten Tochter Magdalena gegebene Auskunft, welche im Wesentlichen dahin lautete:

Sie habe Samstags den 4. März d. J., Abends nach 7 Uhr die Fabrik, wo sie arbeitete, verlassen und etwa nach einer Viertelstunde ihre Wohnung erreicht. In dieser seien ihr Vater, Karl Furrer und dessen Sohn Johann beisammen gesessen und haben mit einander geflüstert. Nach einiger Zeit habe Karl Furrer das Zimmer verlassen, nachdem er sein scharfgeschliffenes, gewöhnlich in der Stube stehendes Beil unter den Wamms gesteckt hatte und habe sich mit den Worten entfernt: „So, ich will sehen, was zu machen ist!" Einige Zeit darauf habe auch sein Sohn einen Hammer und Meisel an sich genommen und sich gleichfalls entfernt.

Sie habe sich nach dem Nachtessen um 8 Uhr mit ihrer Familie zu Bett gelegt. Später habe sie Jemand aufstehen und im Dunkeln die Stube leise verlassen hören; nach geraumer Zeit habe sie wieder Jemand eintreten und auf ihrer Mutter Frage: „Martin bist du's?" antworten hören: „Ja, warum?" worauf sich der Eingetretene wieder in's Bett gelegt habe.

Später sei Karl Furrer gekommen und habe ihren Vater in das Haus seines Bruders gerufen.

(Auch Johann Furrer, welcher um 9 Uhr nach der Rückkunft aus der Nachtschule sich schlafen legte, versichert, er habe nach 10 Uhr Jemand in das Zimmer eintreten und auf seines Vaters Meldung den Martin Schaudt sagen hören: „Was, so bald?")

Magdalena Schaudt, welche lebhaftes Gefühl für die Lage ihres Vaters zu erkennen gab, erklärte auf die Frage des Präsidenten, daß Niemand sie angewiesen habe, wie sie aussagen solle, daß sie aber aufgefordert worden sei, sie solle die Wahrheit nur angeben.

Die ruhige Entschiedenheit, mit welcher sie sich in ihrer gedrückten Stimmung aussprach, war ganz geeignet, die Ueberzeugung von der Glaubwürdigkeit ihrer Angaben zu begründen.

Auf Vorhalt der Angabe seiner Tochter Magdalene behauptete Martin Schaudt, er sei nicht einmal zum Wasserabschlagen aus dem Bette gegangen und suchte ihre Glaubwürdigkeit damit zu verdächtigen, daß sie ihm das Geld, was sie in der Fabrik verdient, nicht immer vollständig abgeliefert habe.

Außerdem wurde Martin Schaudt noch insbesondere durch das Zeugniß des Kanoniers Wilhelm Keller von Lahr belastet.

Der Zelle gegenüber, in welcher Jener verwahrt wurde, liegt die Strafzelle für Militärgefangene. In dieser saß Keller einige Zeit allein. Auf das unter Gefangenen übliche gegenseitige Befragen über den Grund des Verhafts, erklärte Martin Schaudt nach Kellers Zeugniß anfänglich, er sei verhaftet, weil man ihn anschuldige, er habe seines Bruders Frau umgebracht. Keller versichert jedoch, M. Schaudt habe, nachdem sie einige Zeit nebeneinander gesessen, und sich während des Essenaustheilens vor und in ihren Zellen öfter gesehen hatten, ihm auf seine Fragen zugestanden, er habe seiner im Bett liegenden Schwägerin wirklich zwei Schläge mit einem Beil so auf den Kopf gegeben, daß sie nicht mehr habe sprechen können. Sie sei (was mit der Wirklichkeit übereinstimmt) Hebamme und eine große dicke Frau gewesen. Das neben ihr liegende Mädchen sei zum Fenster hinaus entflohen. Sein bei ihm wohnender Schwager habe ihm am Fenster geklopft und dann den Johann Schaudt, seinen Bruder im Wirthshaus aufgehalten.

Auf die Frage, ob keine Zeugen dabei gewesen wären, habe Martin Schaudt erklärt, nein, das sei eben gut, daß es ihm Niemand beweisen könne. Beil und Deckel seien noch eine harte Nuß für ihn; er wolle dies aber schon wegbringen. Er (Zeuge) solle aber ja nichts weiter sagen, sonst könne er ihm großes Herzeleid anrichten. Dabei habe Martin Schaudt erklärt, wenn Keller es auch sage, so leugne er es ihm doch weg. Dies werde er auch thun, wenn sein Schwager Furrer und dessen Sohn gestehen sollten. So lange er nicht gestehe, könne man ihm nichts machen. Wenn Jemand zu Keller in Arrest komme, werde er nicht mehr über die Sache sprechen. Als nun Anfangs Mai Kanonier Lang zu ihm in den Arrest gesetzt worden sei, habe Martin Schaudt gerufen:

Keller, ein Wort! was ich gesagt habe, Reden ist Silber, Schweigen ist Gold!

Auch habe ihm Martin Schaudt anempfohlen, wenn er gefragt werde, wie Schaudt sich im Gefängniß benehme, solle er nur sagen, daß er den ganzen Tag singe und pfeife. Dies habe Schaudt auch stets gethan, wenn Jemand in die Nähe seiner Zelle gekommen sei, während er sich sonst ruhig verhalten habe.

Auch dem Gefangenwärter Nagel und dem Corporal Dimpfel war es aufgefallen, daß, so oft das Essen gebracht oder Schaudt in das Verhör geholt oder aus dem Verhör zurückgeführt wurde, dieser eine für seine Verhältnisse auffallende Lustigkeit durch Pfeifen oder Singen kundgab.

Soldat Lang versichert, er habe einige Tage nach seinem Eintritt in Kellers Zelle den Martin Schaudt diesem zurufen hören:

Keller, ein Wort! Reden ist Silber, Schweigen ist Gold!

Ebenderselbe und Corporal Dimpfel erklärten, Keller habe ihnen das Geständniß des Schaudt mitgetheilt und häufig mit diesem gesprochen.

Auf die Anzeige der von Martin Schaudt ihm gemachten Eröffnungen wurde Keller am 10. Mai zur Beeidigung in Uniform abgeführt, was M. Schaudt bemerkte. Er rief dann, um sich zu verläßigen:

Keller, ein Wort! Reden ist Silber, Schweigen ist Gold!

Dessen Kameraden Lang und Dimpfel antworteten, er schlafe; Schaudt erwiederte aber, das sei nicht wahr, er habe ihn wohl vorüberführen sehen. Einer derselben versuchte nun, die Stimme des Keller nachahmend, sich für diesen auszugeben, allein Martin Schaudt ließ sich nicht täuschen; er erklärte sogleich: „das ist der Keller nicht!" und fügte bei: „wart Keller; ich habe gemeint, ich habe einen guten Freund an dir und jetzt ist es so; wart nur, Keller; wart!!!

Diese Soldaten behaupteten, Martin Schaudt habe von da an sich so still verhalten, daß sie geglaubt haben, er habe sich erhängt. Ihnen habe er nichts gestanden, sondern nur von den Beschuldigungen, die man ihm vorhalte, gesprochen.

Soldat Ofterdinger erzählte weiter, Martin Schaudt habe gefragt, was für eine Strafe auf der That

stehe, deren man ihn beschuldige? worauf er ihm erklärt habe: „die Todesstrafe", und nun sei Martin Schaudt zwei Tage ganz still gewesen.

Hiezu kamen noch folgende Anzeigungen:

1) Daß Martin Schaudt über seine gedrückte Lage durch Vergleichung derselben mit seines Bruders besseren Verhältnissen grollte. Die Ehefrau des Bahnwarts Gutsch sagte nämlich aus, Martin Schaudt habe gegen sie geäußert, daß es ihm immer weh thue, wenn er Morgens an seines Bruders Haus vorübergehe und denken müsse, der schlafe noch in guter Ruhe, während er Mangel habe und an die Arbeit müsse.

2) Daß er der Familie seines Bruders darüber zürnte, daß sie ihm nicht mehr Unterstützung zu Theil werden lasse.

Die Ehefrau des Bürgermeisters Schäfer bezeugte, Martin Schaudt habe nach einer Bemerkung von ihrer Seite auf seine Klage über seine Armuth erwiedert, da drunten bei seinem Bruder bekomme er nichts.

Fabrikaufseher Wackershauser versichert, Martin Schaudt, den er auf seine Klage über seine Noth an seinen Bruder erinnert habe, der ihm helfen könne, habe erwidert, der dürfe nicht.

Ebenso gibt Bahnwart Gutsch an, Ende Dezember v. J. habe Martin Schaudt über Lahmheit in der Arbeit von ihm zur Rede gestellt, geantwortet, er habe eben nichts zu leben, er habe zwar einen reichen kinderlosen Bruder, dieser gebe ihm aber nichts wegen seiner Frau, die ihn hasse.

Nach dem Zeugniß der Ehefrau des Bahnwarts Gutsch soll Martin Schaudt dieser im Januar in ähnlicher Weise erzählt haben, er habe einen reichen Bruder, der ihm aber nicht einmal Kartoffeln schenke, seine Frau leide es nicht; sie hätten keine Kinder, die Frau habe aber ein Mädchen angenommen, nämlich die Tochter ihrer Schwester.

Die Philipp Müller'schen Eheleute versicherten, Martin Schaudt mit einem Gesuch um eine Darleihe an seinen Bruder Johann verwiesen, habe geäußert, der gebe ihm nichts, die Frau sei stolz und grob, sie geben ihm nichts.

Doch schickte Martin Schaudt sein Mädchen um Nahrungsmittel in seines Bruders Haus. Als seine Tochter Katharine ihm hinterbrachte, die Base habe bei Abgabe einer Kochet Rüben Vorwürfe gemacht, daß sie wohl zum Theilen kommen, zur Arbeit aber nie zu haben seien, so soll er nach der Angabe seiner beiden Töchter erklärt haben: „Du hättest ihr die Rüben ins Gesicht schmeißen sollen!"

Auch bezeugt der Vater der Juliane Schäfer, den er in der Mordnacht herbeirufen mußte, Martin Schaudt habe unterwegs geäußert, jetzt habe die Verrechnerin für ihren Geiz, nun müsse sie alles dahinten lassen.

3) Daß das Gerücht von dem zu Gunsten der Juliane Schäfer errichteten Testament in Martin Schaudt Groll und Haß besonders gegen seine Schwägerin und deren Nichte hervorgerufen hatte, weil er der Ansicht war, daß ihm sein Erbrecht an dem Vermögen seines Bruders durch dieselben verkümmert werde.

Juliane Schäfer versicherte, Martin Schaudt sei seit einem halben Jahre seinem Bruder nicht mehr ins Haus gekommen, falsch gegen sie und habe ihr stets nur trotzig die Zeit geboten.

Georg Fischer bezeugte, Martin Schaudt, den er damit getröstet, daß er ja von seinem Bruder noch Etwas zu hoffen, habe erwidert, er habe nichts zu hoffen; so viel er wisse, sei Alles der Schäfer vermacht, doch sei diese mit dem Vermögen noch nicht über dem Graben.

Die Ehefrau des Bahnwarts Gutsch, Martin Schaudt habe ihr erklärt, sein Bruder und seine Frau haben dem von ihnen angenommenen Mädchen auch ihr Vermögen vermacht, so daß er keine Hoffnung darauf habe.

4) Daß er bei verschiedenen Gelegenheiten den Entschluß verrieth, seiner Noth auf einmal ein Ende zu machen.

Martin Schaudt und sein Schwager Furrer hatten Lust, nach Afrika auszuwandern; zur Ausführung dieses Vorhabens fehlte ihnen aber Geld. Als sie einmal zusammen hierüber sprachen, soll Martin Schaudt nach der von seiner Tochter Magdalene gegebenen Auskunft geäußert haben: „Nur Geduld, für Geld wird auch noch gesorgt."

Thomas Lohner gab an, zu Ende Februars habe Martin Schaudt während des Holzhauens im Walde ihm erklärt, daß er sich nicht mehr so schinde, wie Lohner; er mache der Sache ein Ende. Dabei habe er einen Abend um den andern in Aussicht gestellt, daß er am andern Morgen nicht mehr zur Arbeit komme. Samstag den 4. März habe er beim Feierabendmachen unter Mitnahme seines Beils wieder erklärt, er glaube nicht, daß er am Montag noch im Walde schaffe.

5) Daß er sogar vor dem Gedanken nicht zurückschau-

derte, diesen Zweck durch das Mittel eines Mords zu erreichen.

Georg Fischer, der auch mit ihm im Walde gearbeitet hatte, sagte nämlich aus, Martin Schaudt habe schon im Monat Januar bei einem Gespräch über seine Lage geäußert, er sei jetzt so verhärtet, daß er sich kein Gewissen daraus mache, Einen todt zu schlagen; schlechter könne es ihm doch nicht gehen.

Nach der von seinen Töchtern, Magdalene und Katharine, gegebenen Auskunft äußerte er 14 Tage, bevor die Ehefrau des Johann Schaudt ermordet wurde, Abends im Schooße seiner Familie, wenn er seine versetzten Kleider nicht bald bekomme, so gebe es eine Mordthat.

Selbst Karl Furrer will eine solche Aeußerung von ihm gehört und ihm darauf vorgestellt haben, er solle doch keine solche wüsten Reden führen.

6) Daß sein Aussehen und Benehmen nach der That sehr aufgefallen war. Nach der Aussage mehrerer Zeugen war sein Aussehen in der Nacht vom 4./5. März blaß, sein Benehmen kalt, lauernd, still und theilnahmslos.

Am Sonntag morgen traf Aufseher Wackershaußer aus der naheliegenden chemischen Fabrik ein, in welcher Martin Schaudt früher zweimal als Arbeiter beschäftigt gewesen war.

Jener sprach sein Entsetzen über die schauderhafte That aus, ihm fielen aber die kalten kurzen Antworten des Martin Schaudt auf seine Fragen und das wiederholte Bemühen desselben auf, dem Gespräch eine andere Richtung zu geben.

Auch der Oberaufseher der Fabrik Heinrich Brunnbauer übersah, als er am Sonntag Vormittags eintraf, das aufgeregte scheue, durch erheuchelte Herzhaftigkeit nicht ganz verdeckte Wesen des Martin Schaudt nicht und äußerte gegen die anwesenden Gendarmen, wenn er Gendarm wäre, würde er ohne Bedenken diesen und keinen Andern arretiren!

Es fiel auf, daß Martin Schaudt, so lang seine Schwägerin lebte, es vermied, in das Zimmer einzutreten, in welchem sie sprachlos lag, und kein Zeichen von Mitleid mit ihrem Zustande zu erkennen gab. Erst als sie zu leben aufgehört hatte, trat er an das Fußende ihres Bettes, zog sein Taschentuch hervor, barg sein Gesicht in dasselbe und schrie wie ein heftig Weinender.

Nach ihrer Beerdigung, welcher er angeblich wegen Mangels an Kleidern nicht anwohnte und während welcher er keine Rührung zeigte, trug er das Bettzeug auf den Speicher, das, wie er sagt, an einzelnen Stellen durchhauen war.

Er berief sich darauf, daß er eine Locke Haar, welche er darin gefunden, an einen Nagel am Dache zum Andenken aufgehängt habe, als ihm Wtb. Speck vorhielt, er habe am Dienstag sie darüber ausgescholten, daß die Tischplatte, auf der die Section vorgenommen war, nicht noch am Abend gereinigt worden sei, und sie namentlich aufgefordert, sie solle machen, daß das Blut und ein auf der Tafel liegender Haarbüschel ihm endlich einmal aus den Augen komme.

Auch in dem Zimmer des Kronenwirthshauses, worin Juliane Schäfer lag, ließ er sich nicht blicken.

Sie beklagte sich, daß Martin Schaudt allein nicht nach ihr sehe, während ihr doch sonst Alle ihre Theilnahme bezeugt hätten.

Wtb. Schnäbele und Friederike Fischer hob besonders hervor, Martin Schaudt, aufgefordert, für Juliane Schäfer ein Glas Wasser zu bringen, habe es auf den Tisch neben der Thüre gestellt, ohne in das Zimmer zu treten.

7) Daß er einen Pfeifendeckel wie den in der Nähe der Oeffnung in der Scheidmauer zwischen Küche und Stall liegenden, im Besitz hatte.

Nach dem Zeugniß des Thomas Lohner, des Bahnwarts Gutsch, des Zimmermanns Schäfer und des Johann Leitz war derselbe auf einem porzelainenen Pfeifenkopf mit einem weiblichen Brustbild angebracht gewesen. Diesen Pfeifenkopf fand man nicht mehr in seinem Besitz.

Auch seine Tochter Magdalene gab die Auskunft, sie habe öfter gesehen, wie ihr Vater den obern Theil eines Pfeifendeckels mit seinem Feuerzeug aus der Wammstasche herausgebracht habe.

8) Daß ein Beil des Karl Furrer fehlte.

Nach der von beiden Töchtern des Angeklagten gegebenen Auskunft war bis zum Tage, wo der Mord an der Ehefrau ihres Oheims verübt wurde, ein scharfes, schweres Beil des Karl Furrer in der gemeinschaftlichen Wohnstube gestanden, und gemeinschaftlich benützt worden.

Auch die Zeugen Johann Braun, Martin Hofheinz und sein Bruder Friedrich Furrer hatten ein solches Beil im Besitz des Karl Furrer wahrgenommen; es war aber nicht mehr aufzufinden.

So lange er nicht aufgerufen wurde, saß M. Schaudt ruhig, meist mit verschränkten Armen auf der Bank und hörte, ohne eine Miene zu verziehen, zu. Nur einigemal, wenn

Thatsachen, die unmittelbar gegen ihn sprachen, erwähnt wurden, räusperte er sich, die Hand vor dem Munde und schaute dabei auf die Seite.

B. Gegen Karl Furrer, der als verschwenderisch, listig und in der Verstellung gewandt bezeichnet ist, sprach noch insbesondere:

1) das Zeugniß des Johann Schaudt, daß ihn Karl Furrer, dem er öfter ausgeholfen, mehrmals gefragt habe, ob denn das Holzgeld noch nicht bald vertheilt werde und einmal warnend geäußert habe: „Gib acht, dein Geld wird dich noch zum unglücklichen Mann machen." Dabei habe Karl Furrer zu verstehen gegeben, daß noch Einige auf den Platz gehen werden, er selbst aber nicht, da er des Verrechners bester Freund sei, von ihm habe dieser nichts zu befürchten.

Nach dem Zeugniß des Michael Haußer von Rüppurr soll Karl Furrer öfter erklärt haben:

„Ihr werdet sehen, wenn das Holzgeld nicht ausgetheilt wird, gibt es noch einen großen Umstand im Ort!"

Auch gibt Karl Frank an, Karl Furrer habe Samstag den 4. März, Abends vor 8 Uhr, ehe er in die Krone gegangen sei, geklagt, es sei arg, daß das Holzgeld nicht vertheilt werde; es sei gegenwärtig so schwere Zeit, er habe kaum zu leben; wenn es vertheilt würde, hätte er doch Etwas.

2) Daß Einige derjenigen, welche im Kronenwirthshaus mit ihm spielten, bemerkt haben wollten, daß er nicht so „heroisch" wie sonst, sondern still und niedergeschlagen gewesen sei.

3) Daß er auf die von Juliane Schäfer in das Kronenwirthshaus gebrachte Kunde von dem mörderischen Ueberfall nicht wie die Andern an die Hausthüre der Johann Schaudt'schen Wohnung, sondern um das Haus herum an das Küchenfenster sprang und nachher äußerte, er habe gedacht, er wolle gleich an das rechte Loch gehen und sich rühmte, er habe den gescheidesten Platz ausgesucht.

4) Das Zeugniß der Magdalena Schaudt, welche weiter angab, am Sonntag den 5. März gegen Morgen sei Karl Furrer nach Haus gekommen und habe mit der Hand auf den Schenkel geschlagen, worauf sein Sohn Johann gefragt habe: „Gelt Vater, was ist jetzt?" Nach dem Vormittagsgottesdienst habe sie gesehen, daß Karl Furrer sein Beil mit Lumpen geputzt habe, welche davon roth geworden seien. Die Lumpen habe er dann hinter die Kiste gesteckt, das Beil aber in den Garten hinter dem Hause, an welchem die Alb vorüberfließt, getragen, seit dieser Zeit habe sie es nicht mehr zu Gesicht bekommen. Der Hammer und der Meisel, den Johann Furrer am Samstag Abend mitgenommen habe, sei dagegen am Sonntag wieder wie vorher in einem Kistchen unter dem Bette gelegen.

Sie fand am 28. April Lumpen mit Spuren von Rost und Blut noch hinter dem Trog und übergab sie dem Gendarmen Reinhold.

5) Das Zeugniß des Zimmermanns Jakob Fischer, daß ihm Karl Furrer am 5. März erklärt habe, die That sei nur wegen des Holzgelds geschehen und des Johann Joachim, daß ihm Karl Furrer Dienstag den 7. März auf dem Wege in den Wald gesagt habe, wenn das Holzgeld früher den armen Leuten vertheilt worden wäre, so wäre das Ding nicht entstanden.

6) Daß er am Montag den 6., als er sich im Walde zur Arbeit wieder einfand, gegen zwei andere Arbeiter Thomas Lohner und Christoph Kohn äußerte: „Aber nicht wahr, die gräßliche Mordthat und sie haben nicht einmal das Geld bekommen; wenn sie es bekommen hätten, wären sie bis zum Morgen an dem Rhein gewesen!" Auf die Entgegnung eines der Zuhörer: „Was dann machen? Hineinspringen?" habe Furrer zur Antwort gegeben: „Ich wäre hinüber gekommen!"

Zeuge Joh. Joachim (und Thomas Lohner) erwähnte auch, daß Karl Furrer Dienstags nicht wie sonst fortgearbeitet, sondern sich öfter niedergesetzt, nachdenklich vor sich hingesehen, oft und tief geseufzt, auch geäußert habe, wenn das Holzgeld früher den armen Leuten vertheilt worden wäre, so wäre das Ding nicht entstanden.

Auch Jakob Fischer bezeugt, am Sonntag den 5. März Morgens habe ihm Karl Furrer bemerkt, dies sei nur wegen des Holzgelds geschehen.

7) Daß er im Gefängniß auf die Mittheilungen der aus der Strafzelle in die Zelle neben ihm zurückversetzten Kanoniere Wernert und Eberle über das Benehmen des Martin Schaudt die Aeußerung that, er glaube selbst, daß der droben Dreck am Stecken habe und er müsse die Katze mit ihm durch die Bach schleifen.

(Schluß folgt.)

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXI. No. 31. Mannheim, 29. Juli 1854.

I.

Schwurgerichtsfall.

(Schluß.)

8) Daß er auf die Schilderung desselben Wernert über die unlängst in Gengenbach vollzogene Hinrichtung auf die erhaltene Auskunft, daß der Ladenburger Scharfrichter dabei beschäftigt gewesen sei, nach der Aussage jener Zeugen die Vermuthung aussprach, mit ihnen werde, wenn es so weit käme, der Ettlinger Scharfrichter sein Meisterstück machen.

Karl Furrer, ein Mann von mehr als gewöhnlicher Größe, trägt den Stempel der Verkommenheit in Kleidung und in den Zügen, spricht aber mit tiefer Stimme ruhig und scheinbar unbefangen, gibt einzelne weniger erhebliche Thatsachen zu, widerspricht aber die erheblicheren, auf sein Mitwissen deutenden, mit Gelassenheit, oder sucht ihnen einen unverfänglichen Sinn zu unterlegen, indem er sich darauf beruft, daß er ja Alles, was wirklich so sei, zugestanden habe. Er zeigte sogar dem Präsidenten an, daß während einer Pause der Verhandlung sein neben ihm sitzender Schwager hinter dem vorgehaltenen Sacktuche ihm zugeflüstert habe: „Nur fest ausgehalten, ich gestehe nichts."

C. Gegen Johann Furrer, dessen Leumund bisher noch unbescholten war und der von seinem Vater wie ein Untergebener von seinem Vorgesetzten behandelt worden sein soll, ergab sich der Verdacht, daß er die Oeffnung von dem Stall in die Küche durchgebrochen habe, aus den oben angeführten Enthüllungen der Magdalena Schaudt und aus ihrer weitern Erzählung, daß sie am Sonntag den 5. März Morgens in das Haus ihres Oheims gegangen sei und nach ihrer Rückkunft sich über die Größe jener Oeffnung ausgesprochen, worauf Johann Furrer erklärt habe, es seien auch große Backsteine herauszuschaffen gewesen, und auf ihre Frage, woher ihm dies bekannt sei, geantwortet habe, er habe ja das Loch gemacht.

Christoph Joachim von Rüppurr, welcher wie Johann Furrer die um 7 Uhr Abends beginnende Nachtschule zu besuchen, aber am Abend des 4. März sich bei der Arbeit verspätet hatte, bezeugt, Johann Furrer sei an jenem Abend vor 8 Uhr zu ihm, dessen Wohnung jener früher noch nicht betreten gehabt habe, gekommen, und habe gefragt, ob er noch in die Nachtschule gehe? Johann Furrer habe den Wamms zugeknöpft, die Hände in den Hosentaschen gehabt und erhitzt ausgesehen und auf seine Antwort, ja, er gehe noch hin, wie er mit Essen (an dem er eben saß) fertig sei, ihn aufgefordert, vorauszugehen, er wolle noch seine Bücher zu Haus holen. Johann Furrer habe ihn dann unterwegs springend eingeholt.

Magdalena Schaudt gab hiermit übereinstimmend an, Johann Furrer sei nach acht Uhr wieder heimgekommen und habe gesagt, er wolle sein Schreibzeug für die Nachtschule holen, worauf er sich nochmals entfernt habe.

Dem Lehrer Gscheidler fiel das zerstreute Wesen des Johann Furrer in der Schule an jenem Abend auf.

Er behauptete, am Samstag Abend nur deßhalb vor der Nachtschule noch einmal nach Haus gegangen zu sein, weil er unterwegs seine Feder verloren gehabt und eine andere habe holen wollen.

Die Aussage der Magdalena Schaudt widersprach er, soweit sie ihn belastet.

Die unbeweglichen Züge des Johann Furrer machen den Eindruck des Stumpfsinns und der Gefühllosigkeit. Er gab nur kurze Erklärungen und beschränkte sich auf Beantwortung der an ihn gestellten Fragen.

Nachdem der großh. Staatsanwalt die Anklage be-

gründend, die in der Voruntersuchung ermittelten mit den durch die öffentliche Verhandlung enthüllten Inzichten zusammengestellt und die in der Anklageschrift enthaltenen Anträge wiederholt hatte, bemühte sich M. Schaudt's Vertheidiger, in dem er anerkannte, daß das Abläugnen aller von den vielen vernommenen Zeugen angegebenen Thatsachen von Seiten seines Clienten auffallen müsse, auszuführen, daß dessen Leumund nicht so schlecht sei, daß man ihm die Fähigkeit zu einem und namentlich diesem Morde zutrauen könnte, die Erheblichkeit und den Beweiß der einzelnen gegen diesen ermittelten Verdachtsgründe zu beanstanden und warnte mit besonderem Nachdruck die Geschworenen vor der Gefahr eines Justizmords. Der Vertheidiger der beiden Angeklagten Furrer beanstandete gleichfalls die einzelnen Verdachtsgründe als unerheblich und nicht erwiesen und hob hervor, daß die Betheiligung dieser zwei Angeklagten, wenn sie als erwiesen angenommen werden könne, sich nicht auf den Mord ausgedehnt, sondern auf die Absicht, das Geld zu holen, beschränkt habe.

Der großh. Staatsanwalt trat in seiner Erwiederung in beredter Weise hauptsächlich dem Bemühen des Vertheidigers des Hauptangeklagten Schaudt entgegen, die Geschworenen ängstlich zu machen, erinnerte sie an ihre Pflicht, ihre Ueberzeugung unbekümmert um die Folgen auszusprechen, und warnte sie vor den Vorwürfen des Gewissens und dem Tadel ihrer Mitbürger, wenn sie diese ihre Pflicht zu erfüllen sich scheuen würden.

Während sein Vertheidiger über seinen Leumund sich aussprach, war Martin Schaudt in lautes Weinen ausgebrochen; den umfassenden Schlußvortrag des Präsidenten hörte er aber unverwandten Blicks und mit derselben kalten Aufmerksamkeit an, mit der er die früheren Gerichtsakte an sich hatte vorüber gehen lassen. Doch verrieth sich seine innere Erregung durch merkliches Heben und Sinken seiner Brust.

An die Geschworenen wurden nur drei Fragen gestellt, für jeden der drei Angeklagten eine:

A) wegen Martin Schaudt:

I. Ist der 47 Jahre alte Angeklagte Martin Schaudt schuldig, am 4. März d. J., zwischen 9 u. 10 Uhr, in die Schlafkammer des Gemeinderechners Schaudt'schen Wohnhauses, wo die Ehefrau des Gemeinderechners Schaudt, seines Bruders, und die ledige Juliane Schäfer in e i n e m Bette schliefen, eingeschlichen zu sein, und mit dem vorbedachten Entschluß, Beide zu tödten, mit einem mitgebrachten Beil zuerst der Ehefrau mehrere, in das Gehirn eindringende Verletzungen, welche den Tod noch in derselben Nacht herbeiführten, beigebracht; hiernach auch alsbald der Juliane Schäfer mit der Schneide des Beils am Kopfe und am rechten Arme mehrere Verletzungen, welche eine 14 tägige Krankheit und zweimonatliche Arbeitsunfähigkeit und voraussichtlich noch die Lahmheit eines Fingers derselben zur Folge hatten, zugefügt zu haben, so daß der beabsichtigte Tod nur durch die schleunige Flucht der Juliane Schäfer zum nahen Fenster hinaus, abgewendet wurde?

B. wegen Karl Furrer:

II. Ist der 46 Jahre alte Angeklagte Karl Furrer schuldig, zu der in Frage I. bezeichneten That dadurch wissentlich Beihülfe geleistet zu haben, daß er das Beil für den Thäter zurechtlegte, während der Ausführung des Verbrechens den im Wirthshause zur Krone in Rüpurr sich befindenden Gemeinderechner Schaudt beobachtete und nach Ausführung des Verbrechens das dazu verwendete Beil von Blut reinigte und beseitigte?

C. wegen Johann Furrer:

III. Ist der 17 Jahre alte Angeklagte Johann Furrer, Sohn des Vorigen, schuldig, zur obgedachten That des Martin Schaudt wissentlich dadurch Beihülfe geleistet zu haben, daß er zwischen 7 und 8 Uhr zuvor ein Loch in die Zwischenmauer zwischen Stall und Küche des Gemeinderechners Schaudt'schen Hauses einbrach?

Der Vertheidiger der beiden Furrer erhob gegen die Frage II. Einsprache, die aber durch die Erläuterung der Frage und der darauf bezüglichen Gesetzesstellen von Seiten des Präsidenten und durch die den Geschworenen ertheilte Belehrung, über das Recht, die Beantwortung derselben durch Beisätze zu beschränken, beseitigt wurde. Der nach beinahe einstündiger Abwesenheit der Geschworenen im Berathungszimmer von ihrem Obmann verkündete Wahrspruch beantwortete die 2 ersten Fragen mit: ja, die dritte mit: nein.

Johann Furrer wurde nun freigesprochen, gegen Martin Schaudt, dessen Gesichtsfarbe bleicher war, dessen Unterlippe nicht mehr wie bisher schloß, und dessen Brust sich heftig hob und senkte, von der großh. Staatsbehörde der Antrag auf Todesstrafe und gegen Karl Furrer auf lebenslängliche oder zeitliche Zuchthausstrafe gestellt. Der

Vertheidiger des Ersteren hatte hiergegen nichts vorzubringen, der des Karl Furrer beantragte ein verhältnißmäßiges Herabgehen auf eine Zuchthausstrafe von wenigen Jahren. Die Angeklagten, von dem Präsidenten befragt, ob sie selbst noch Etwas vorzubringen hätten, erklärten: Martin Schaudt: „Ich bin unschuldig; ich weiß von nichts!" Karl Furrer aber: „Meine Herren, Sie thun mir zu viel!" Der Schwurgerichtshof erkannte nun:

Es sei Martin Schaudt von Rüppurr des an der Ehefrau seines Bruders Johann Schaudt daselbst verübten Mords und des an Juliane Schäfer von da verübten Mordversuchs, Karl Furrer von Rüppurr aber der Beihülfe zu diesem Verbrechen schuldig zu erklären und deßhalb Martin Schaudt zur Todesstrafe durch öffentliche Enthauptung, Karl Furrer aber in eine durch 30 Tage Dunkelarrest und 40 Tage Hungerkost geschärfte Zuchthausstrafe von 8 Jahren oder von 5 Jahren 4 Monaten, wenn in Einzelhaft erstanden, zu verurtheilen.

Von den Untersuchungskosten fallen ¾ auf den Angeklagten Martin Schaudt und ¼ auf Karl Furrer, welch Letzterer auch die Kosten des Vollzugs seiner Strafe zu tragen hat und nach Erstehung dieser auf drei Jahre unter polizeiliche Aufsicht gestellt wird.

Die Vollstreckungskosten in Ansehung des Angeklagten Martin Schaudt trägt die großh. Staatskasse.

Nach Verkündung des Urtheils belehrte der Präsident Beide über die Förmlichkeiten der Nichtigkeitsbeschwerde und eröffnete dem Martin Schaudt, das gegen ihn ergangene Todesurtheil bedürfe, wenn es rechtskräftig werde, noch der Bestätigung des Landesherrn; wenn diese ertheilt werde, komme es zum Vollzug. Als Martin Schaudt auch auf diese Ansprache erklärte: „Verzeihen Sie, ich bin unschuldig," so richtete der Präsident noch die ernste Mahnung an ihn, wohl bei sich zu überlegen, ob er auf Gnade rechnen könne, und wenn er sich nicht unschuldig fühle, bei dem Gnade zu suchen, der allein bei der That gegenwärtig gewesen sei.

Stf.

II.

1) Sollen nur **vermögliche** Personen zu Vormundschaften in Vorschlag gebracht werden?

2) Müssen die **Waisenrichter**, welche einen **Vermögenslosen** als Vormund vorgeschlagen haben, für den Schaden haften, welcher aus einer üblen Verwaltung dieses Vormunds für den Minderjährigen entstanden ist?

Himmelsbach gegen Rehm und Christ.

Der gegenwärtige Vormund des minderjährigen Bernhard Volk klagte gegen das Waisengericht einen Verlust von etwas über 2000 fl. ein, welchen die Vormundschaft während der Verwaltung des früheren Vormunds Bernhard Beck durch dessen Verschulden erlitten hat.

Für diesen unbeibringlichen Verlust sollten die Waisenrichter Rehm und Christ nach den L.R.S. 1381 a.c. und 1382 ff. aus den unten angeführten Gründen haften. Die gegen sie angestellte Entschädigungsklage wurde aber in allen drei Instanzen abgewiesen.

Das oberhofgerichtliche Urtheil vom 12. Juli l. J. ist motivirt durch folgende

Entscheidungsgründe.

Für die dem minderjährigen Bernhard Volk aus der vormundschaftlichen Verwaltung des Bernhard Beck erwachsenen Verluste sollen die Beklagten als Mitglieder des Waisengerichts von Prinzbach um deßwillen Ersatz leisten, weil sie einerseits dahin wirkten, daß die Vormundschaft über B. Volk dem Blasius Becherer, einem ganz solventen Bürger abgenommen wurde, und anderseits statt dessen den vermögenslosen Bernhard Beck als Vormund in Vorschlag brachten, welcher für seine Verwaltung keine Sicherheit habe gewähren können, während nach dem Gesetze nur begüterte Personen zu Vormundschaften und Pflegschaften vorgeschlagen werden sollen.

Die erste Behauptung ist jedoch widerlegt durch den beklagterseits angerufenen Bericht vom 26. Januar 1843, worin der Gemeinderath und an dessen Spitze der damalige Bürgermeister Christ zugleich im Namen des abwesenden Waisenrichters bei großh. Oberamte Lahr den Antrag gestellt hat, den genannten B. Becherer mit seiner Bitte um Entlassung von der Vormundschaft abzuweisen.

Wurde Becherer in der Folge gleichwohl von der Vormundschaft entbunden, so hing dieß von dem Ermessen der Obrigkeit ab, welche die Gründe seines wiederholten Gesuchs zu prüfen und zu würdigen hatte.

Was sodann den zweiten Klaggrund angeht, so zählt der L.R.S. 442 unter den zur Vormundschaft unfähigen Personen diejenigen nicht auf, welche entweder gar kein, oder kein hinreichendes, und namentlich kein liegenschaftliches Vermögen besitzen, um den Minderjährigen als gesetzliches Unterpfand zu dienen.

Auch macht es weder das II. Einführungsedict vom 22. Dezember 1809 (§. 15) noch die Dienstweisung vom 18. April 1810 (Reg.-Bl. No. XVIII.) den Ortsvorstehern und Waisenrichtern zur Pflicht, nur vermögliche Personen als Vormünder in Vorschlag zu bringen.

Ueberhaupt soll ein Vormund nur nach Vernehmung der nächsten Verwandten des Mündels von der Obrigkeit bestellt und verpflichtet werden. Durch den blosen Antrag des Waisengerichts wird demnach die vorgeschlagene Person noch nicht wirklicher Vormund. Wäre aber die Fähigkeit zur Vormundschaft durch den Besitz eines gewissen Vermögens bedingt, so würde die Verantwortlichkeit für den aus einer üblen Verwaltung des Vormunds dem Mündel erwachsenen Verlust zunächst jenen Beamten treffen, welcher einen Vermögenslosen als Vormund bestätigt und verpflichtet hat.

In dem vorliegenden Rechtsstreite kommt es folglich nicht darauf an, ob und welches Vermögen B. Beck bei Uebernahme der Vormundschaft besessen haben mag.

Durch den in der Klage angeführten Bericht vom 31. Jenner 1845 haben daher die Beklagten eine Verantwortlichkeit um so weniger auf sich geladen, als ihnen überall nicht zur Last gelegt wird, daß sie absichtlich einen zur Führung der Vormundschaft untauglichen Mann empfohlen, und also im bösen Glauben gehandelt haben.

Da hiernach die Beklagten für den in Frage stehenden Verlust nicht verantwortlich sind, so kann dessen Betrag füglich dahin gestellt bleiben.

Aus diesen Gründen 2c.

D. R.

III.

Bruchsal, den 22. Juni 1854.

Das großherzoglich badische Hofgericht des Mittelrheinkreises.

Criminal-No. 3576. Plenum. Die Anwendung des §. 385, Ziff. 10 des St.G.B. auf Nachtwächter betr.

Beschluß.

In der heutigen Plenarsitzung wurde über einige in den einzelnen Senaten vorgekommene Streitfragen in obigem Betreffe Berathung gepflogen.

Man vereinigte sich dabei auf folgende Grundsätze:

1) Den Nachtwächtern ist der ganze Ort, in welchem sie die Nachtwache zu versehen haben, zur Hut oder Bewachung anvertraut.

Ihre Hut bezieht sich zwar nicht auf das Innere der Gebäude oder geschlossenen Räume, aber sie haben nicht nur Alles, was sich

a) auf der Straße oder in offenen Hofräumen befindet, zu hüten, sondern auch zu wachen,

b) daß keine Diebe in Gebäude einbrechen, einsteigen, oder einschleichen.

Wenn daher die Nachtwächter selbst

zu a) etwas auf der Straße oder in offenen Räumen entwenden, oder

zu b) behufs einer Entwendung selbst in ein Gebäude einbrechen, einsteigen oder einschleichen,

so bezieht sich ihr Diebstahl auf einen ihrer Hut oder Bewachung anvertrauten Gegenstand und fällt unter den Erschwerungsgrund des §. 385, Ziff. 10.

2) Dabei macht es keinen Unterschied, ob der Wächter als ein ständiger Nachtwächter aufgestellt sei, oder ob er die Wache nur abwechselnd mit andern Bürgern jeweils für einzelne Nächte (als s. g. Scharwächter oder als Stellvertreter eines solchen) zu besorgen habe.

Das Gesetz unterscheidet hierin nicht, daher darf auch der Richter nicht unterscheiden, und während der §. 404 Ziff. 2 bei der Unterschlagung durch Hüter das Dasein des Erschwerungsgrundes von der obrigkeitlichen Bestellung oder Bestätigung derselben abhängig macht, spricht der §. 385 Ziff. 10, beim Diebstahl unbedingt von Allen, welchen eine Sache zur Hut oder Bewachen anvertraut ist, müßte also selbst auf solche Wächter angewendet werden, welche weder von der Obrigkeit, noch auch von der Gemeinde, sondern nur von einem Privaten zur Hut seines Eigenthums aufgestellt wären.

IV.

Wenn der Richter nach Maaßgabe des §. 761 der P.O. das Verfahren über eine anhängige Streitsache eingestellt hat, so darf er diese Verfügung, ohne daß sich die Umstände geändert haben, weder auf einseitigen Antrag, noch von Amtswegen zurücknehmen.

Fiskus gegen Sachs.

Auf gepflogene Verhandlung erkannte das großh. Stadtamt Mannheim am 5. Juli 1852:

> es sei das weitere Vollstreckungsverfahren bis zur Erledigung des Rechtsstreits J. S. der großh. Generalstaatscasse gegen Sachs, Anfechtung eines Kaufvertrags betr., einsweilen einzustellen.

Die hiergegen von Seiten des großh. Fiskus erhobene Beschwerde wurde durch hofgerichtliches Erkenntniß vom 9. August 1852 als unbegründet verworfen.

Am 28. Februar 1853 erließ aber das großh. Hofgericht auf eine unmittelbare Vorstellung der großh. Generalstaatscasse vom 2. Februar 1853 folgenden Beschluß:

> wird unter Abgehung von der diesseitigen Verfügung vom 9. August v. J. und unter Aufhebung der Verfügung großh. Stadtamts Mannheim vom 5. Juli v. J dem gedachten Stadtamte aufgegeben, die Verhandlung des Streites über die Einsprache der Sybille Sachs gegen die stadtamtliche Vollstreckungverfügung vom 26. Mai v. J. fortzusetzen, beziehungsweise Entscheidung in dieser Sache zu ertheilen.

Hierauf verfügte das großh. Stadtamt, ohne weitere Verhandlung am 10. März 1853: daß die erkannte Fahrnißpfändung aufzuheben sei.

In Folge der von großh. Fiskus gegen diesen Bescheid ergriffenen Berufung erkannte das großh. Hofgericht am 9. Januar 1854 abändernd zu Recht: daß die Einsprachsklägerin mit der erhobenen Einsprache abzuweisen sei.

Sybille Sachs führte sowohl gegen dieses Urtheil als gegen den vorhergehenden Beschluß vom 28. Februar 1853, gegen welchen sie das Rechtsmittel, unter Verwahrung gegen die Zulässigkeit des hofgerichtlichen Verfahrens gleichbald angezeigt hatte, die Oberberufung aus und stellte den Antrag: entweder das hofgerichtliche Erkenntniß vom 28. Februar 1853 mit allen darauf erfolgten Verhandlungen einschließlich des Urtheils vom 9. Januar 1854 als nichtig aufzuheben, oder das hofgerichtliche Urtheil vom 9. Januar 1854 aufzuheben und das stadtamtliche Erkenntniß vom 10. März 1853 wieder herzustellen.

Darauf erfolgte, nach gepflogener Verhandlung, am 30. Juni l. J. das oberhofgerichtliche Urtheil dahin:

> die Verfügung des großh. Hofgerichts des Unterrheinkreises vom 28. Febr. 1853, No. 2549, I. Civ.-Sen. mit allen ihr nachgefolgten weiteren Verfügungen und Erkenntnissen der beiden vordern Instanzen sei unter Verfällung des großh. Fiskus in sämmtliche hierdurch erwachsene Kosten aller 3 Instanzen aufzuheben und auszusprechen, daß es bei der Verfügung des großh. Stadtamts Mannheim vom 5. Juli 1852, No. 21,040, und beziehungsweise bei der Verfügung des großh. Hofgerichts des Unterrheinkreises vom 9. August 1852, No. 10,206, I. Civ.-Sen. sein Bewenden behalte. —

Entscheidungsgründe.

In Erwägung, daß das großh. Stadtamt nach gepflogenen Verhandlungen über die Einsprache der S. Sachs, dem Gesuche derselben um Einhalt mit der Vollstreckung durch Verfügung vom 5. Juli 1852 in so weit statt gegeben hat, als das weitere Verfahren und somit auch die Vollstreckung auf den Grund des §. 761 der P.O. bis zur Erledigung eines andern Rechtsstreits, welcher über die Rechtsbeständigkeit des den Grund der Einsprache bildenden Vertrags anhängig ist, eingestellt wurde;

In Erwägung, daß diese Verfügung des Stadtamts nach deren Verkündung im Wege der Beschwerdeführung durch den großh. Fiskus angefochten, die erhobene Beschwerde aber vom großh. Hofgerichte verworfen wurde;

In Erwägung, daß nach diesen Vorgängen die stadtamtliche Verfügung und das Erkenntniß des Oberrichters nicht mehr den Charakter eines prozeßleitenden Beschlusses an sich tragen, welcher von dem Richter, der ihn erlassen hat, beliebig wieder zurückgenommen werden kann, vielmehr die Eigenschaft der Unabänderlichkeit im Sinne des §. 1121 der P.O. erlangt haben, wie jede prozeßleitende Verfügung, welche gemäß §. 353 der P.O. ausnahmsweise durch ein Rechtsmittel erfolglos angefochten worden ist;

In Erwägung, daß somit jene Verfügung in Wirkung bleiben mußte, in so lange nicht auf den Grund veränderter Sachlage oder neu eingetretener Umstände Anlaß zur Abänderung derselben für den Richter erster Instanz gegeben war;

In Erwägung, daß hiernach das großh. Hofgericht,

indem es nach erfolgter Bestätigung jener Verfügung auf einseitigen Antrag des großh. Fiskus und ohne Gehör des Gegentheils, auch ohne daß eine inzwischen eingetretene Veränderung der Umstände geltend gemacht worden wäre, seine frühere Entscheidung zurücknahm und dadurch das sistirte Verfahren wieder einleitete, die Vorschriften des Verfahrens verletzt hat, welche dem Richter eine einseitige Abänderung seiner derartigen Verfügungen verbieten, P.O. §. 1121 vergl. mit §. 683;

In Erwägung, daß die Oberappellantin, nachdem in Folge jener, das Verfahren wieder einleitenden hofgerichtlichen Verfügung ein ihr ungünstiges Urtheil ergangen ist, auch die Befugniß hat, jene Verfügung als Grundlage und Anfang ihrer Beschwerde anzufechten und zwar um so mehr, als sie diese ihre Befugniß durch eine Oberappellationsanzeige gegen dieselbe sogleich gewehrt hat;

In Erwägung, daß diese Beschwerde nach dem Obigen als wohlbegründet erscheint und die Ungültigkeit aller durch die hofgerichtliche Verfügung vom 28. Februar 1853 veranlaßten weiteren Entscheidungen zur Folge haben muß.

Aus d. Gr. 2c. D. R.

V.

Derjenige Diener, welcher außer Stand gesetzt ist, seine Geschäfte zu besorgen, kann die neben dem ständigen Gehalt für besondere Verrichtungen bedungenen Accidenzien nicht fordern.

Seybel gegen Offenburg.

Der städtische Förster Seybel zu Offenburg, welcher in Folge seines Verhaltens während der Revolution von 1849 vom Dienste entfernt worden ist,

Annalen XXI. 20.

hatte gleichwohl die ihm neben dem fixen Dienstgehalt vertragsmäßig zugesicherten Stocklosungen, welche die Stadt vom 1. Jenner 1852 bis 3. März 1853 durch Verkauf von Holz und Forstnebenprodukten aus den städtischen Waldungen zu beziehen gehabt, nebst Verzugszinsen gegen die Gemeinde eingeklagt und auch in den vordern Instanzen ein obsiegendes Urtheil erwirkt, welches aber unterm 6. Juli l. J. vom großh. Oberhofgericht dahin abgeändert wurde: daß der Kläger mit seinem Begehren 2c. abzuweisen sei.

Entscheidungsgründe.

Wenn auch, wie der Kläger behauptet, sein mit der Stadt Offenburg abgeschlossener Dienstvertrag vom 2. November 1833 erst unterm 3. März 1853 aufgelöst und die Stadtgemeinde Offenburg wirklich auch zur Haltung des Dienstvertrags bis zum 3. März 1853 und zur Auszahlung des ganzen bis dahin verfallenden Diensteinkommens des Klägers, wie ihm solcher im Dienstvertrag zugesichert worden ist, durch die theils von den Parteien, theils in den unterrichterlichen Entscheidungsgründen allegirten Urtheile vom 9. November 1850, vom 19. Juni, 29. Juli und vom 13. November 1852 rechtskräftig verurtheilt worden ist, so kommt ihm dennoch nicht der Bezug der jetzt eingeklagten s. g. Stocklosungsgebühr für die Periode vom 1. Jenner 1852 bis 3. März 1853, also für eine Zeit zu, in welcher er, wie er selbst zugesteht, wegen seines Verhaltens während der Revolution von 1849, also aus eigenem Verschulden, bereits längst durch die competente Staatsverwaltungsbehörde von seinem Dienste entfernt war, somit auch die Geschäfte, für welche er jetzt die Gebühren anspricht, gar nicht vornehmen konnte.

Diese s. g. Stocklosungsgebühr ist nemlich kein eigentlicher (ständiger) Besoldungstheil, welcher als solcher dem im Dienste stehenden Diener, auch wenn er nicht fungirt, auszuzahlen wäre. Diese Gebühr erscheint vielmehr nach dem vorgelegten Dienstvertrag, so wie schon ihrer Natur nach lediglich nur als eine besondere Vergütung für ein einzelnes von dem Förster außer seinem Wohnort (im Walde) vorgenommenes Geschäft, nemlich für die Bezeichnung der zu hauenden Stämme und für die Beaufsichtigung des Hiebes, des Aufmachens und der Abfuhr des Holzes 2c., also nur als ein zufälliges Dienstaccidenz für eine einzelne Dienstverrichtung, die auch stets nur als ein Aequivalent für die Diät angesehen wurde, welche der Förster, wenn ihm die Stocklosungsgebühr nicht zugestanden worden wäre, zu beziehen gehabt hätte. Vergl. z. B. Reg.-Bl. von 1804, S. 128, von 1808, S. 259; ferner Freiburger Kreisanzeigeblatt von 1820 S. 525 und von 1823, No. 91.

Hat aber, wie in vorliegendem Falle, der Förster das einzelne Dienstgeschäft gar nicht verrichtet, also hierwegen gar keine besondere Auslagen und Mühewaltung gehabt, für welche allein nur der Bezug der Stocklosung bewilligt ist, so kann er auch, — selbst wenn sein Dienstvertrag noch rechtlich bestehen und er zu dem Bezug seiner gan-

zen vertragsmäßigen Besoldung berechtigt sein sollte, — für das nicht verrichtete Geschäft keine Geschäftsgebühr beziehen, so wenig als ein anderer Diener Diäten, Tantiemen oder s. g. Itemgebühren für Geschäfte beziehen könnte, an deren Vornahme er durch Dienstsuspension, Krankheit oder aus was sonst für einem Grunde, abgehalten worden ist.

Die von Förster Seybel gegen die Stadtgemeinde Offenburg erhobene Klage erscheint daher schon nach dem eigenen Vorbringen des Klägers als verwerflich.

Aus d. Gr. ic. D. R.

VI.

1) Unterschied zwischen Tausch und Kauf einer Sache.
2) Beweis eines während der ehelichen Gemeinschaft vorgenommenen Tausches von Vermögensstücken gegen Dritte.
3) Bedeutung des Gedings, wodurch die Fahrnisse der Ehegatten von der Gemeinschaft ausgeschlossen werden.

Bath gegen Fiskus.

Nachdem der großh. Postfiskus wegen einer ihm angeblich zustehenden Entschädigungsforderung gegen den ehemaligen Condukteur S. Bath gerichtlichen Beschlag auf dessen Fahrnißvermögen erwirkt hatte, erhob die Bath'sche Ehefrau eine Einsprache, womit sie die theilweise Aufhebung des Beschlags und die Ausfolgung mehrerer Fahrnißstücke begehrte, weil solche von ihr eingebracht und nach der Bestimmung des Ehevertrags vom 11. April 1840 sowohl ihre gegenwärtigen als künftigen Fahrnisse von der Gemeinschaft ausgenommen worden sind.

Unter diesen Fahrnissen befand sich namentlich ein badischer Rentenschein über 500 fl. mit der No. 7896. Der in Beschlag genommene Rentenschein über die gleiche Summe trägt aber die No. 7130.

Hierüber ist in der Einsprache, unter Antretung des Beweises, die Aufklärung gegeben, daß der Rentenschein No. 7896 im Jahr 1843 von der großh. Amortisationskasse zur Heimzahlung auf den 1. Mai 1844 (Reg.-Bl. von 1843, No. XXVII., S. 192) herausgeloost und dafür der Rentenschein No. 7130 bei Banquier Hohenemser in Mannheim eingetauscht wurde.

Diese Erläuterung hat der Vertreter des großh. Postfiskus mit dem Bemerken als sachdienlich angenommen, daß hiernach der ursprüngliche Rentenschein nicht mehr vorhanden, der neu vorhandene hingegen in die Gemeinschaft gefallen und sohin das Begehren der Einsprachsklägerin bezüglich dieses Fahrnißstückes unbegründet sei.

Der Unterrichter fand jedoch in Betracht, daß hier ein Tausch vorliege, daß die No. 7130 an die Stelle der No. 7896 trete, auch die eine wie die andere dieselbe Forderung von 500 fl. an den Staat repräsentire — die Einsprache begründet, den Beweis aber nicht genügend geführt und legte daher der Bath'schen Ehefrau den Erfüllungseid auf, wogegen das großh. Hofgericht, an welches der Postfiskus appellirt hatte, die Einsprache schlechthin abwies.

Hierüber besagen die

hofgerichtlichen Entscheidungsgründe:

Anlangend den Rentenschein No. 7896 über 500 fl., so wird die Identität desselben mit dem eingebrachten No. 7130*) von der Einsprachsklägerin selbst nicht behauptet, indem sie vielmehr geltend macht, daß sie solchen gegen den letzteren eingetauscht habe. Wäre dieser Tausch erwiesen, so würde der vorhandene Rentenschein nach L.R.S. 1433 a., 1407 und 1435 allerdings die Stelle des eingebrachten vertreten; allein zum Beweis des Tausches gegen dritte (Gläubiger des Ehemanns) bedarf es nach L.R.S. 1499 u. 1328 einer mit sicherem Datum versehenen Urkunde, die sich die Einsprachsklägerin verschaffen konnte,

Rodière et Pont contr. de mar. No. 510,
Troplong contr. de mar. No. 1131,

und als solche können die angerufenen Bücher des Banquiers Hohenemser nicht angesehen worden, weil sie nicht paraphirt sind; noch kann das Datum durch das Zeugniß, welches nicht auf eigener Wahrnehmung beruht, hergestellt werden, zumal jene Bücher nicht einmal eine von der Frau oder ihrem Ehemanne unterzeichnete Urkunde enthalten und mehr einen Einkauf und Verkauf, mithin zwei Rechtsgeschäfte darstellen, als einen Tausch der beiden Scheine.

Nun schreibt zwar der L.R.S. 1435 keine Zeit vor, binnen welcher die Ehefrau die Subrogation vorzunehmen, oder, was gleichviel ist, einen Tausch in glaubhafter Form zu genehmigen hat, und es wird daher angenommen, daß sie dieß bis zur Auflösung der Gütergemeinschaft nachholen

*) Umgekehrt trägt der eingebrachte Schein die No. 7869 und der eingetauschte die No. 7130.

könne, was im vorliegenden Falle durch Erhebung der Einsprache geschehen wäre. Gleichwohl kann diese Nachholung (hier die glaubhafte Beurkundung) nicht zum Nachtheile der Gläubiger erfolgen, welche in der Zwischenzeit, in welcher die eingetauschten Fahrnisse als errungene gelten müssen, Rechte daran erworben haben und da der großh. Postfiskus durch die Beschlagnahme zufolge L.R.S. 2204 a. an dem Rentenschein das Recht erworben hat, daß darüber von dem Ehemann nicht mehr verfügt, er also auch nicht mehr der Ehefrau als Ersatz ihres Einbringens zugewendet werden durfte, so ist die Einsprache der Letzteren nicht gegründet.

Rodière et Pont. No. 511.

Troplong No. 1136.

Der Einwand, daß der Rentenschein eine Forderung an die Staatskasse darstelle und diese durch den Tausch des Scheins nicht erloschen sei, ist nicht gegründet, da jeder Schein eine besondere und hier zugleich durch Verfallzeit und Auswerth verschiedene Forderung repräsentirt, daher immerhin eine Subrogation oder Tausch nöthig ist, wenn ein Schein die Stelle eines andern vertreten soll.

Endlich ist es auch unerheblich, daß die Einsprachsklägerin sich das Eigenthum ihrer künftigen Fahrnisse vorbehalten hat, da es, um eine eingetauschte, als später erworbene Fahrniß darzustellen, eben des Beweises des Tausches oder der Subrogation bedarf, widrigenfalls überhaupt nicht von einem Erwerb der Ehefrau die Rede sein kann. Denn eine andere Erwerbsart als durch Tausch ist nicht behauptet und der Besitz kann den Erwerb nicht ersetzen, da wie für das Eigenthum der Gütergemeinschaft so auch der Besitz sprechen muß, indem anzunehmen ist, daß die Ehefrau nur für die Letztere besessen und erworben habe. L.R.S. 1401. 1402. 1499.

Die Einsprachsklägerin verfolgte die Sache in die dritte Instanz, wo am 13 Juli l. J. das hofgerichtliche Urtheil aufgehoben und das amtliche — unbeschadet der Ansprüche des großh. Postfiskus auf die während der Dauer der zwischen den Vath'schen Eheleuten bestehenden Gemeinschaft verfallenden Zinsen aus dem Rentenschein No. 7130 — wieder hergestellt wurde.

Die oberhofgerichtl. Entscheidungsgründe gehen zunächst davon aus, daß die Gläubiger des Mannes nicht berechtigt sind, auf die Fahrnisse der Vath'schen Ehefrau zu greifen, weil sich diese durch das Geding des Ehevertrags, wornach sowohl ihr gegenwärtiges als künftiges Fahrnißvermögen von der Gütergemeinschaft ausgeschlossen sein soll — nach der richtigen, auch dem L.R.S. 1504 a zum Grunde liegenden Auslegung das Eigenthumsrecht an den beigebrachten Fahrnissen vorbehalten habe — und fahren dann fort:

In Erwägung, daß der als Eigenthum der Vath'schen Ehefrau bezeichnete Rentenschein No. 7896 im Jahre 1844 zur Heimzahlung des Capitals gezogen war, und daß aus dem von der Vath'schen Ehefrau behaupteten, in den Büchern des Banquierhauses Hohenemser in Mannheim gebuchten Geschäfte vom 2. Juli 1844 und aus der damit übereinstimmenden Aussage des als Zeuge endlich einvernommenen Banquier Hohenemser erhellt, daß der gezogene Rentenschein No. 7896 mit einem noch nicht gezogenen von gleichem Betrag mit der No. 7130 umgetauscht worden ist, der Umstand aber, daß die Buchung dieses Tausches, in den Büchern Hohenemsers in der Form des Verkaufs des Scheins No. 7896 und eines Ankaufs des Scheins No. 7130 durch die Vath'sche Ehefrau ausgeführt ist, die rechtliche Natur des Geschäfts als eines wahren Tausches im Sinne des L.R.S. 1702 nicht ändern kann, weil in der That nur Waare gegen Waare (Rentenschein gegen Rentenschein) gegeben und nur eine unbedeutende Cursdifferenz baar bezahlt worden ist;

In Erwägung, daß auf diesen Tausch nicht L.R.S. 1435, sondern L.R.S. 1407 Anwendung findet, wonach bei dem blosen Umtausch eines als Liegenschaft geltenden Vermögensstücks des einen Ehegatten gegen ein anderes der Art, das letztere schon Kraft Gesetzes an die Stelle des Vertauschten tritt und somit Eigenthum des Ehegatten wird, dem das vertauschte Stück gehört hat, ohne daß es den Gläubigern des andern Ehegatten gegenüber eines andern Beweises, als des wirklich stattgehabten blosen Umtausches bedarf;

In Erwägung, daß ferner aus dem ganzen Hergang der Sache sich die unzweifelhafte Absicht der Eheleute ergibt, das Vermögen der Ehefrau im bisherigen Stande zu erhalten, und dagegen die Unterstellung, als sollte der der Ehefrau gehörige Rentenschein ihr entzogen und ein anderer für die Gemeinschaft dafür angeschafft werden, ganz unhaltbar ist;

In Erwägung, daß dieser Umtausch der fraglichen Renteuscheine, wenn noch ein Zweifel über dessen Beweis aus dem Grunde bestehen sollte, weil nur die unparaphirten Auxiliarbücher des Banquier Hohenemser und nicht auch dessen paraphirtes Tagebuch vorgelegt worden ist, jedenfalls dann vollständig geführt erscheint, wenn die Vath'sche Ehefrau noch den ihr durch das Urtheil des Oberamts Heidelberg auferlegten Erfüllungseid ausschwört, gegen dessen Auflage sie sich nicht beschwert hat.

In Erwägung, daß nach L.R.S. 1402 die Früchte des eheweiblichen Vermögens (hier die Zinsen aus dem Rentenschein No. 7130) während der Dauer der zwischen den Vath'schen Eheleuten bestehenden Gemeinschaft in das Vermögen dieser fällt, somit dem großh. Postfiskus seine Ansprüche auf diese Früchte vorbehalten werden müssen.

Aus d. Gr. 2c. D. R.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXI. No. 32. Mannheim, 5. August 1854.

I.

Entscheidungen in Wechselsachen.

(Aus dem Archiv für deutsches Wechselrecht.)

I.

1) Regreß aus einem nach dem Verfalltage indossirten Wechsel.

2) Zinsversprechen, cassatorische Clausel oder Ratenzahlungen sind mit dem Wesen des Wechsels unverträglich.

Auf den Grund nachstehenden Wechsels:

Leipzig, den 15. Mai 1850.

Gegen diesen meinen Solawechsel zahle ich an die Ordre des Herrn J. B. die Summe von 10,000 Thlr. nebst sechs pCt. jährlicher Zinsen von heute an gerechnet in folgenden Terminen, als: 3000 Thlr. am 15. September 1850, ferner 3000 Thlr. am 15. Dezember 1850 und endlich 4000 Thlr. am 1. Februar 1851, allesammt bei Verlust terminlicher Zahlungen, falls ich acht Tage nach dem jedesmaligen Verfalltage eines Termins noch im Rückstande mit der Zahlung sein sollte.

Valuta habe ich baar und richtig erhalten, begebe mich der Meß- und Marktfreiheit und der Verjährung, und unterwerfe mich dem Wechselrecht aller Orten.

Sola an mich selbst in W. und aller Orten.

(Unterschrift.)

Zu derselben hat sich der Aussteller gerichtlich bekannt.

In tergo:

J. B.

für mich an die Ordre des Herrn A. Z.

L. M.

W., den 9. Juni 1851,

verlangte A. Z. von L. M. Rembours. Da sich L. M. dessen weigerte, so ertheilte das Handelsgericht zu Leipzig nach abgesetztem Verfahren (1. October 1851) folgenden Bescheid:

„Weil, wenn man auch davon absehen könnte, daß nach der bestimmten Verordnung im Art. 41 der deutschen Wechselordnung zur Ausübung des bei nicht erlangter Zahlung statthaften Regresses gegen die Indossanten sowohl die Präsentation des Wechsels zur Zahlung, als auch der Nachweis dieser Präsentation und der Nichterlangung der Zahlung durch einen Protest unbedingt erforderlich ist und hierbei rücksichtlich des im Art. 16 gedachten, im Falle einer, erst nach Ablauf der für die Protesterhebung bestimmten Frist erfolgten, Indossirung dem Indossatar zuständigen Regreßrechts etwas Besonderes nicht festgesetzt wird, mithin auch nicht anders angenommen werden kann, als daß es zur Ausübung dieser Regreßrechte gleichergestalt der Präsentation und Protesterhebung bedürfe, nur mit dem Unterschiede, daß die im Art. 41 cit. a. E. für Erhebung des Protestes geordnete Frist, eben weil dieselbe schon abgelaufen, nicht zur Anwendung kommen kann und eine andere Zeitbestimmung, als die durch Verjährung gebotene, nicht vorhanden ist, wie denn auch der Verfasser des vom Kläger angeführten, im Archiv für deutsches Wechselrecht, Heft I. S. 10 ff. befindlichen Aufsatzes einen Regreß ohne Präsentation des Wechsels und Protesterhebung keineswegs statuirt, vielmehr das Gegentheil sowohl aus der Seite 29, sub. V. zu lesenden Worten:

„weil dieser sich ihm verpflichtet hat, zu haften, wenn der Acceptant nicht bezahlt,"

als auch aus der weitern Behauptung S. 30:

„das Indossament nach Verfalltag werde rechtlich wie eine neue Trassirung zu betrachten sein, der Wechsel erscheine wie ein Sichtwechsel, der jederzeit präsentirt werden könne, aber bis zum letz-

ten Tage der Verjährungsfrist für Sichtwechsel präsentirt werden müsse,"

endlich aus der Aeußerung S. 30 sub. VI.:

„daß der letzte Inhaber gegen einen der Giratare nach dem Verfalltage klagen könne, wenn er den Protest erhebt,"

sich zur Genüge ergibt;

dennoch der erhobenen Regreßklage ein anderweiter, zwar vom Beklagten gar nicht geltend gemachter, aber als exceptio juris von Amtswegen in Betracht zu ziehender Umstand entgegen steht, nämlich der, daß der der Klage zu Grunde liegende Wechsel nicht als ein solcher anzusehen ist, welcher nach den Bestimmungen der deutschen W.O. zu beurtheilen wäre, wenn man erwägt, daß die in dem der Berathung der W.O. unterlegten Entwurfe einer W.O. für die preußischen Staaten §. 88 enthaltene Bestimmung, wornach

in eigenen Wechseln auch Zinsen der verschriebenen Summe mit wechselmäßiger Wirkung versprochen werden können,

nach Inhalt der Conferenzprotokolle No. XXIV. durch ausdrücklichen Beschluß in Wegfall gebracht worden ist, mithin die Zulässigkeit eines Zinsversprechens in eigenen Wechseln, ungeachtet der jenem Beschlusse vorausgegangenen Bemerkungen, nicht füglich angenommen werden kann, vielmehr ein eigener Wechsel mit Zinsversprechen als eine in die Form eines Wechsels gebrachte Schuldverschreibung angesehen werden muß,

vergl. Archiv für deutsches Wechselrecht Band II. Heft 1. S. 92,

und wenn man auch dieser Ansicht im allgemeinen nicht beipflichten wollte, doch mindestens im vorliegenden Falle die gedachte Auffassung durch den weiteren Inhalt des Wechsels hinreichend unterstützt wird, indem zu dem Versprechen von Zinsen nicht allein eine dreifache Zahlungszeit, sondern sogar die Stipulation der cassatorischen Clausel für den Fall nicht gehöriger Innehaltung der Zahlungstermine hinzutritt, — Momente, welche zur Genüge documentiren, daß eine unter

§. 4 des Gesetzes über den Schuldarrest und den Wechselprozeß vom 7. Juni 1849

fallende, als Wechsel bezeichnete Schuldverschreibung, nicht aber ein, als Repräsentant des baaren Geldes dienender, zum Umlauf bestimmter Wechsel im Sinne der deutschen W.O. vorliege, folgeweise auch von einem Regresse gegen Beklagten als Giratar und von der Gültigkeit des von J. B. ausgestellten Blanco-Giro nicht die Rede sein kann.

„So hat Klägers Gesuch nicht statt, es ist auch Kläger dem Beklagten die verursachten Prozeßkosten zu erstatten schuldig."

Auf hiergegen vom Kläger eingewendete Appellation bestätigte das Appellationsgericht zu Leipzig (den 9. August 1852) unter Compensation der Kosten aus folgenden Gründen:

„Die erste Instanz hat bei der Beurtheilung der Statthaftigkeit der erhobenen Wechselklage die von dem Beklagten sub. 2 a. dawider vorgebrachte Ausstellung in dem Eingange der Entscheidung zwar erörtert, jedoch ein entscheidendes Gewicht darauf nicht gelegt, vielmehr die Abweisung der Klage aus dem dargelegten Grunde, dem Mangel der gesetzlichen Form des ersichtlichen Wechsels ausgesprochen. Der Umstand, daß dieser Einwand von dem Beklagten selbst nicht geltend gemacht, sondern von dem Prozeßgerichte von Amtswegen berücksichtigt worden ist, kann auch für die gegenwärtige Instanz keinen Grund abgeben, von der Beachtung desselben, wie Kläger zu verlangen scheint, gänzlich abzusehen. Denn die Ausführungen des Beklagten bezwecken, die Unschlüssigkeit der Klage und den Mangel des Klagrechts darzuthun, und es widerstreitet daher weder dem Verlangen des Beklagten, noch der durch die Verhandlungsmaxime begrenzten richterlichen Thätigkeit, wenn anstatt der von dem Beklagten für seine Intention vorgebrachten unrichtigen oder doch zweifelhaften Rechtsgrunde, ein anderer richtiger von dem erkennenden Richter in Erwägung gezogen wird. Wie man daher von der materiellen Beurtheilung des entwickelten Entscheidungsgrundes selbst dann nicht Umgang nehmen könnte, wenn an sich die Erörterungen des Instanzbescheids zu erheblichen Bedenken Anlaß geben würden, so hat man auch auf die Letzteren um deßwillen nicht genauer einzugehen gehabt, weil in der ersterwähnten Beziehung der vorigen Instanz beizutreten gewesen ist.

Wenn Kläger in seiner Argumentation den Umstand, daß der eingeklagte eigene Wechsel das Versprechen einer Zinsgewährung, die Stipulation einer cassatorischen Clausel enthält, um deßwillen für einflußlos erachtet, weil derselbe im Uebrigen den gesetzlichen Vorschriften über die Form eigener Wechsel (deutsche W.O. §. 96) allenthalben genüge, und deßhalb höchstens in den diese Form überschreitenden Bestimmungen, nicht aber durchgängig ungültig sein könne, so scheint ihm dabei allerdings der Wort-

laut der W.O. §. 7 zur Seite zu stehen, in sofern hiernach derjenigen Schrift, welcher eines der wesentlichen Erfordernisse eines Wechsels fehlt, die Fähigkeit zur Begründung einer wechselmäßigen Verbindlichkeit abgesprochen wird. Allein abgesehen zunächst von der Frage, ob die Wechselurkunde der Anforderung der allgemeinen deutschen W.O. §. 4, sub. 3 und 4 wirklich entspreche, darf bei Auslegung des vorangezogenen §. 7 nicht außer Acht gelassen werden, daß die Schlußfolgerung Klägers nur auf einem argumentum a contrario beruht, das bei Erwägung des Wesens und der rechtlichen Natur des Wechsels alles Gewicht verliert. Der Wechsel, als kaufmännisches Papiergeld, soll als Vertreter des baaren Geldes in dem Verkehr dienen.

Der Besitzer des Wechsels beansprucht die Zahlung desselben nicht Kraft des mit dem Aussteller oder seinem Stellvertreter abgeschlossenen Vertrags, sondern unmittelbar aus dem Besitze des Papieres als ein Kraft dieses Besitzes erworbenes Recht.

Einert, Wechelrecht S. 83 ff.

Eine nothwendige Folgerung aus dieser, von dem Kläger selbst anerkannten Bestimmung des Wechsels ist es, daß derselbe, abgesehen natürlich von den Grenzen, welche den Credit des Ausstellers oder der Indossanten seiner Geltung im Verkehre nothwendig setzt, in seiner äußern Form wie in seinen rechtlichen Beziehungen diejenigen Eigenschaften und Wirkungen haben muß, welche ihn befähigen, nicht blos einer einzelnen bestimmten Person, sondern schlechthin dem ganzen Publikum gegenüber als Repräsentant des baaren Geldes zu dienen.

Brauer, Erläuterungen der allgemeinen deutschen W.O. Erlangen 1849. §. 3. S. 14 ff.

Daß diese Auffassung der Sache den Berathungen der allgemeinen deutschen Wechselordnung zu Grunde gelegen habe, ist aus dem Ergebnisse derselben unschwer zu erkennen, und spricht sich insbesondere in dem, wenigstens im Allgemeinen, consequent durchgeführten Principe aus, daß es nicht von der Willkühr des Gebers einer Wechselerklärung abhängt, die rechtlichen Folgen derselben zu bestimmen, daß vielmehr die Letzteren von dem Gesetze mit gebietender Nothwendigkeit vorgezeichnet sind.

Vergl. Brauer a. a. O. §. 7. S. 24 ff.

Demgemäß sind auch in der Wechselordnung §. 4 und §. 96 die wesentlichen Erfordernisse des gezogenen sowohl, als des trocknen Wechsels vorgeschrieben worden, welche allenthalben das Bestreben ausdrücken, ihm diejenige innere Bestimmtheit und Abgeschlossenheit zu verleihen, welche allein im Stande ist, ihn nicht blos unter gewissen Personen, sondern auch in dem weitesten Kreise, in einer im Voraus gar nicht zu übersehenden Ausdehnung, zu einem Umsatzmittel und Werthsrepräsentanten geschickt zu machen, wobei naturgemäß auf thunlichste Vereinfachung der Form, auf Befreiung des Wechsels von allen besonderen Beziehungen zwischen dem Aussteller, dem Bezogenen und ersten Inhaber Bedacht genommen werden mußte.

Dies ist in den vorerwähnten gesetzlichen Bestimmungen dergestalt geschehen, daß gewisse, äußerlich erkennbare Merkmale als unerläßliche Erfordernisse des Wechsels positiv vorgeschrieben worden sind. Inzwischen folgt daraus keineswegs, daß nur der Mangel des einen oder andern dieser Erfordernisse einem Papiere die Geltung einer wechselmäßigen Schrift im Sinne der allgemeinen W.O. entziehen solle, und daß dies nicht auch hinsichtlich solcher Schriften eintreten könne, welche zwar jenen gesetzlichen, nicht aber den in der Natur der Sache liegenden Anforderungen an den Wechsel, als Stellvertreter des baaren Geldes im kaufmännischen Verkehre entsprechen.

Eine Bestimmung in dem Sinne, daß außer dem in §. 7 hervorgehobenen Mangel eine Schrift auch dann der wechselmäßigen Geltung beraubt sein solle, wenn sie in ihrem sonstigen Inhalte der zu ihrer Bestimmung erforderlichen Einfachheit und Abgeschlossenheit entbehre, lag an sich außer dem Zweck der W.O., welche sich allenthalben von Aufstellung rein dogmatischer Sätze fern gehalten hat, würde aber auch bei der offenbaren Schwierigkeit, alle Denkbarkeiten, welche hiebei vorkommen können, zu erschöpfen und in einer Formel zu präcisiren, den gewichtigsten Bedenken unterlegen haben.

Wie daher das Stillschweigen der W.O. über Fälle dieser Art nicht die Annahme rechtfertigt, daß sie durch die Disposition in §. 7 ausgeschlossen seien, so geht überdies aus den in voriger Entscheidung angezogenen Verhandlungen der Leipziger Wechselconferenz klar hervor, daß man bei Berathung des Gesetzes von der entgegengesetzten Meinung ausgegangen ist, und einem Wechsel, welcher Kündigungsfristen oder ein Zinsversprechen enthält, unter ausdrücklicher Abänderung der entgegenstehenden Bestimmung des Entwurfes, die Geltung eines wahren Wechsels im Sinne der allgemeinen W.O. abgesprochen hat. Daß dies die Ansicht wenigstens der Majorität der

Conferenzmitglieder gewesen sei, ist in der von dem Kläger angezogenen Entscheidung zweiter Instanz

Archiv für deutsches Wechselrecht II. Band I. Heft S. 95,

ohne allen Grund bezweifelt worden.

Kann man nun auch den Verfassern dieser Entscheidung zugeben, daß die in den Conferenzprotokollen niedergelegten Äußerungen der einzelnen Mitglieder nicht die Kraft einer authentischen Auslegung des Gesetzes haben, so ist doch nicht zu übersehen, daß sie wenigstens in so weit, als sie für das Ergebniß der Berathung selbst nicht masgebend gewesen sind, unstreitig für die doctrinelle Auslegung ein werthvolles Material enthalten, das für die Anwendung des Gesetzes, zumal mit Rücksicht auf dessen Zweck, die Herbeiführung möglichst übereinstimmender Wechselverfassung der einzelnen deutschen Staaten, schwer zu entbehren ist. Von diesem Gesichtspunkte aus erscheinen aber die in dem Conferenzprotokolle No. XXIV. (S. 160 ff. der Hirschfeld'schen Ausgabe) entwickelten Ansichten der Mehrheit der Conferenz für den vorliegenden Fall um so beachtungswerther, als sie in der That nur eine strenge Durchführung des oben berührten Principes des Wechselverkehrs enthalten. Denn

a) das Versprechen von 6 pCt. jährlicher Zinsen deutet auf ein, der Schrift zu Grunde liegendes Vertragsverhältniß hin, das nur durch die Verbindlichkeit des Schuldners nach Wechselstrenge verstärkt worden ist.

Auch geht dieß noch deutlicher

b) aus der Bestimmung hervor, wonach der Aussteller verpflichtet ist, die verschriebene Summe in drei verschiedenen, am 15. September 1850, 15. Dezember 1850 und am 15. Februar 1851 fälligen Raten zu zahlen, „allesammt bei Verlust terminlicher Zahlung, falls er 8 Tage nach dem jedesmaligen Verfalltage eines Termins noch in Rückstand mit der Zahlung sein sollte.“

Selbst abgesehen davon, ob das hinzutretende Zinsversprechen die als Hauptstamm verschriebene Summe nicht überhaupt zu einer unbestimmten mache, sondern nur deren Bestimmung durch ein in seinen Unterlagen klar vorliegendes Rechenexempel erfordere, wie Kläger meint, abgesehen ferner davon, ob die Stipulation von drei verschiedenen Verfalltagen der Festsetzung einer bestimmten Zahlungszeit in Gemäßheit der W.O. §. 4 sub. 4 gleichzustellen sei, geben diese dem gewöhnlichen Wechselverkehre fremden und von dem Wesen des Wechselgeschäfts sich entfernenden Eigenthümlichkeiten des fraglichen Papiers deutlich an die Hand, daß das Letztere nur eine Schuldverschreibung nach Wechselrecht, nicht ein wahrer Wechsel, eine abstracte Zahlungsverpflichtung, ohne alle Beziehung auf ein ihr zu Grunde liegendes Schuldverhältniß sei.

Der zu dem wahren Wechsel unerläßlichen Bestimmtheit und Abgeschlossenheit entbehrt daher die Schrift um sogewisser, als die darin stipulirte cassatorische Clausel die Verfallzeit wesentlich dem Gutdünken des Gläubigers anheim gibt, und sich daher nicht behaupten läßt, daß für jeden der möglicher Weise im Besitze des Wechsels sich folgenden Gläubiger und noch weniger, daß für den Schuldner eine selbst, durch die Schrift absolut normirte, aus derselben sofort erkennbare Forderung existire.

Man hat daher der vorigen Instanz in der Ansicht, daß die der erhobenen Klage zu Grunde liegende Urkunde kein eigentlicher Wechsel sei, beizutreten gehabt. Auch hat man hiergegen dem weitern in der angezogenen Entscheidung geltend gemachten Grunde rechtliches Gehör um so weniger beilegen können, als die dabei genommene Beziehung auf particularrechtliche Bestimmungen, wenn man selbst von dem sehr erheblichen Bedenken gegen eine derartige Anwendung des Particularrechts,

Archiv für deutsche Wechselr. a. a. O. S. 96 ff.

absehen könnte, wenigstens für das Königreich Sachsen nicht eintreten kann, in welchem nach Maßgabe des Gesetzes, die Einführung der allgemeinen deutschen W.O. betr. vom 25. April 1849 § 10 alle bis dahin geltenden Gesetze über Wechsel und Wechselrecht, mit einer hier nicht einschlagenden Ausnahme vom 1. Mai 1849 an außer Kraft gesetzt worden sind.

Daß der Ausspruch der Ungültigkeit des libellirten Wechsels auf Grund der allgemeinen deutschen W.O. der Entscheidung über dessen Gültigkeit in Gemäßheit des Particulargesetzes den Schuldarrest und den Wechselprozeß vom 7. Juli 1849 nicht vorgreife, ist schon in I. Instanz bemerkt worden, bedarf daher zur Zeit keiner weiteren Ausführung, da der gegen den Beklagten, als Indossanten des streitigen Wechsels, erhobene Anspruch hier nur in soweit in Frage kommt, als er sich auf die Bestimmungen der allgemeinen deutschen W.O. gründet.

Der Bestätigung des Instanzbescheides in der Hauptsache ungeachtet, hat man gleichwohl zu einer Abänderung desselben in Betreff des Kostenpunktes auf die zweite Beschwerde sich veranlaßt gefunden, da die Entscheidung der

Sache auf einer keineswegs zweifellosen Rechtsfrage beruht, und daher dem Kläger bei Verfolgung seines Anspruchs eine muthwillige Streitsucht nicht zur Last gelegt werden konnte.

Aus gleichem Grunde waren auch die Kosten der Appellationsinstanz zu compensiren."

Auf anderweite Appellation des Klägers bestätigte auch das Oberappellationsgericht zu Dresden am 18. Januar 1853 unter Compensation der Kosten aus folgenden Gründen:

„Wäre in den vorigen in dieser Rechtssache gefällten Erkenntnissen nur Abweisung der Klage in der angebrachten Maaße ausgesprochen worden, so würde sich der volle Grund dieser Entscheidung sofort aus dem Vorbringen der Klage deutlich ergeben. Denn eine Regreßklage, mit welcher die Kläger hervortreten wollen, ist doch unmöglich auf das einfache Anführen zu stellen, daß der Gegner den Wechsel durch sein Indossament dem Kläger übertragen, sondern es gehört nothwendig und unläßlich zur Anbringung der Regreßklage, daß darinnen angeführt wird, wie bei den Anstalten des Indossatars zur Erhebung der Zahlung von dem Aussteller oder Acceptanten von dieser Seite her die Zahlung verweigert worden, die bei der wechselmäßigen Begebung durch Indossament von dem Geber garantirt wird. Da Kläger sich weder darauf berufen, daß er irgend wie und wo das Papier zur Zahlung präsentirt, noch auch die Vornahme und den Erfolg dieser ihm obliegenden Handlung durch einen Protest bescheiniget hat, so muß die Klage, wie sie angebracht ist, abgewiesen werden, ohne daß man ein Absehen auf andere Verhältnisse des hier vorliegenden Thatbestandes zu richten, und auf die Beantwortung anderer Fragen einzugehen hätte, welche sich auf den Zustand des Papiers selbst, und auf das Wesen einer damit vorgegangenen Begebung desselben durch Indossament beziehen. In beiden in der Sache gefällten Erkenntnissen hat man jedoch nicht blos eine Abweisung der Klage, immaaßen sie angebracht worden, aussprechen wollen, sondern, wie aus den beigefügten Entscheidungsgründen zu ersehen, ist die Abweisung erfolgt, weil man unter den vorliegenden Verhältnissen des Thatbestandes und vermeintlich aus den Verhältnissen des Papiers, wie es bei Anbringung der Klage zu den Acten gebracht worden, abgenommen hat, daß eine Regreßklage aus selbigem wechselrechtlich gar nicht statuirt werden kann. Dieser Ansicht ist man nun auch gegenwärtig beigetreten, indem man dabei vornämlich einen Umstand berücksichtiget, der sich bei Erwägung der Zeitverhältnisse, in welchen das Indossament erfolgt ist, hervorthut. Dasselbe ist, wie zu ersehen, in Wien am 9. Juni 1851 geschrieben, mithin ist erst unter diesem Tage im 4. Monate nach Ablauf sämmtlicher gesetzten Zahlungstage die Begebung an Klägern erfolgt. Wenn man alle Bedenken unterdrückt, die auf den übrigen Erscheinungen auf der Urkunde beruhen, wenn man es namentlich dahin gestellt sein läßt, ob überhaupt ein Ratenwechsel, zumal ein auf Verzinsung des Capitals gestellter und womit der Aussteller sich sogar zu einer Conventionalstrafe für den Fall eingetretener Versäumniß oder Verspätigung der Zahlung verstanden hat, als ein eigentlicher Wechsel betrachtet werden kann, und ob man, da sich doch unfehlbar die richtige Theorie vom Wechsel und seiner Beziehung zum Geschäftsleben wider diese Annahme erkläret, darauf mit hinlänglichem Grund weiter zu folgern habe, daß ein auf einem solchen, in seiner Form als Wechsel bezeichneten Papiere, in wechselmäßiger Form vollzogenes Giro auch in dem Verhältnisse des Gebers zum Indossatar gar keine wechselmäßigen Folgen erzeuge, vornämlich nicht dahin wirken könne, dem Indossanten die Verbindlichkeit einer wechselmäßigen Vertretung seines Indossaments, die Uebernahme einer Garantie der Bonität dem Indossatar gegenüber beizulegen, so tritt doch bei der hier vorliegenden Scriptur ein anderes Moment hervor, woraus die Unzulässigkeit einer wechselmäßigen Regreßklage vollständig sich ergibt, ein Moment, welches nothwendig auch Beachtung finden müßte, wenn über die Geltung des Papiers als wahrer Wechsel gar kein Bedenken vorwaltete, und welches allerdings auch dem Vorhaben einer Regreßklage aus einem unleugbar wahren Wechsel entgegen wirken würde, wenn dieselben Zeitverhältnisse des Indossaments zum Verfalltage, wie hier, vorkommen würden. Die Größe und Härte der Verbindlichkeit, welche bei Ausstellung eines Indossaments von dem Geber übernommen wird, die Garantie der Bonität, welche in ihrem Wesen nichts anderes ist, als eine Assecuranz der verschriebenen Zahlung bei allen den Schicksalen, die über das Papier und über den Zahler durch höhere Gewalt, aber auch durch Bosheit oder Fahrlässigkeit dritter Personen herbeigeführt werden möchten, wird allseitig im Wechselgeschäft anerkannt, daher wird diese Garantie niemals als für alle Folgezeit geleistet betrachtet, sondern sie hat beim gewöhnlichen Geschäftsgange ihren entschiedenen Endpunkt in dem Zahltage, und um diesen Endpunkt dem Indossanten, so wie allen andern

Vertretern des Papieres zu sichern, bestehen im Wechselrechte die bestimmten Anordnungen für das Benehmen der Inhaber, die gemessenen Vorschriften einer von ihnen streng zu befolgenden Diligenz, zu deren Darlegung die Solennitäten der Präsentation und einer mit der Präsentation gleichzeitig zu veranstaltenden Protesterhebung. Wenn der Wechsel erst nach der Verfallzeit indossirt wird, so gebricht es in der Regel an der Bezeichnung jenes Termines, bis zu welchem sich eine Garantie des Indossanten für die Bonität erstrecken würde, und an welchem dann nun auch die Solennia der Präsentation und Protesterhebung befolgt werden müßten, wenigstens ist ein solcher nicht aus dem Wechsel erkennbar. Wenn nun zwar wohl die deutsche Wechselordnung §. 16 sich dahin ausspricht, daß der Indossatar aus einem erst nach Verfallzeit unter gewöhnlichem Giro begebenen Wechsel auch Regreßrechte gegen diejenigen erlangt, welche den Wechsel erst nach Ablauf dieser Frist indossirt, so kann dies doch unmöglich in der Allgemeinheit und so verstanden werden, daß damit den Inhabern des Wechsels ein unbeschränktes Befugniß, mit dem Wechsel nach Willkühr zu verfahren, und ohne Beobachtung und Nachweisung irgend einer Diligenz zu jeder beliebigen Zeit, vielleicht noch nach Verjährung des Wechsels oder doch bis zum Eintritt derselben, mit der Regreßklage aufzutreten, eingeräumt werde. Ebensowenig verdienen die Bemühungen einiger Exegeten Berücksichtigung, welche annehmen wollen, daß ein nach Ablauf der Verfallzeit indossirter Wechsel fortan in dem Verhältnisse des Indossanten zu den folgenden Nehmern als ein solcher zu betrachten, oder doch wenigstens als ein solcher zu behandeln sei, der mit und durch das Indossament den Charakter eines sogenannten Sichtwechsels erlangt hätte, der zwar jeder Zeit präsentirt werden kann, aber bis zum letzten Tage der Verjährungszeit für Sichtwechsel (vom Tage des Giro an gerechnet) präsentirt werden muß.

Vergl. Achiv für deutsches Wechselrecht, Band 1. S. 30.

Schon die Betrachtung, daß man mit dieser willkürlichen Fristbestimmung nach §. 31 der W.O. dahin gelangen würde, den Inhabern eine Frist von zwei Jahren vom Tage des Indossaments, oder wenn dieses nicht datirt wäre, vom Verfalltage an zu gestatten, zeigt hinlänglich die Kühnheit und völlige Unzuläßigkeit einer solchen Annahme. Das Bedürfniß, bei Zulassung einer Regreßklage wider den Indossanten aus einem nach Eintritt der Verfallzeit gestellten Indossamente eine Frist für das Verfahren der Inhaber mit Präsentationen und Protesterhebung festzusetzen, findet die allgemeinste Anerkennung, und wenn nun auch eine solche Bestimmung in der deutschen W.O. nicht ertheilt worden, so liegt es doch in der Natur der Sache, daß man unmöglich eine Regreßnahme ohne den Vorgang einer wechselmäßigen Diligenz zulassen kann, und daß man daher die Fälle, wo der Regreß zuläßig ist, zunächst darauf zu beschränken hat, wo über das von dem Indossatar und den folgenden Nehmern zu beobachtende Verfahren ausdrückliche Abrede in und beim Indossamente stattgefunden hat, oder wo doch wenigstens im Wechsel auf andere Weise indicirt worden, daß von Seiten des Zahlers eine anderweite Erklärung wegen der von ihm zu gewärtigenden Einlösung für einen von ihm bestimmten Tag vorbehalten worden ist, wo also, bei der Tratte der Bezogene den Accept nicht für den Verfalltag, sondern für einen späteren zur Zeit des Indossaments noch nicht eingetretenen Tag geleistet hätte, oder wo erst am Verfalltage selbst der Zahler um Nachsicht unter dem Gelübde einer späteren Zahlung angesucht hatte.

Da in dem vorliegenden Falle keines der eben erörterten Verhältnisse des Thatbestandes vorhanden ist, so stehen diese Betrachtungen dem Vorhaben einer Regreßnahme auf Beklagten überhaupt entgegen. Daher ist die Klage ohne Berücksichtigung der bei ihrer Anbringung verschuldeten Unvollständigkeit abzuweisen gewesen."

II.

Aktien-Gesellschaft.

Verbindlichkeit des Ausgebers von Aktien.

Betrug.

Handelsmann Friedrich Klein in Offenburg betrieb in Gemeinschaft mit Johann Schmitt, A. Deuchler in Gernsbach und Georg Schneider in Kuppenheim, ein Eisenwalzwerk in Kuppenheim, bis durch Zahlungseinstellung einiger Mitglieder der Gesellschaft die Fortführung des Werks unterbrochen wurde. Es wurde nun der Plan entworfen, eine Aktiengesellschaft zu bilden, und durch Ausgabe von tausend Stück Aktien, jede zu fl. 60, die Mittel zum Fortbetrieb des Werks herbeizuschaffen. Klein und Schneider traten zu diesem Zweck in Verbindung mit

Hugo Cassel in Straßburg. Diese drei Personen bildeten, ohne vorgängige Genehmigung der Gesellschaft durch die Staatsbehörden, den Verwaltungsrath, ließen Aktien drucken, in welchen ausgedrückt war, daß der Inhaber pro rata Eigenthümer des Walzwerks sammt Zubehör sei, und suchten diese Aktien zu verwerthen. Unter andern erhielt Ochsenwirth Joseph Treger in Oppenau 40 Stück solcher Actien im Betrag von fl. 2400 gegen eine erste gerichtliche Hypothek auf seine Liegenschaften. Er überzeugte sich jedoch bald, daß diese Actien keinen Werth hatten, indem weder das Eigenthum des Walzwerks für die Gesellschaft acquirirt, noch überhaupt eine Gesellschaft in rechtsgültiger Form constituirt worden war, und stellte deßhalb eine Klage gegen Klein und Schneider, welche die Actien als Mitglieder des Verwaltungsraths unterzeichnet hatten, auf Rückersatz der bezahlten fl. 2400 gegen Rückgabe der 40 Stück Aktien an. In erster Instanz wurde die Klage aus folgenden Gründen abgewiesen:

Nach dem eigenen Vertrag der Klage ist die dort erwähnte Gesellschaft als wirkliche Handelsgesellschaft noch nicht rechtlich constituirt, und es sind darnach ihre Vereinbarungen und Handlungen lediglich nur als die einer factischen Genossenschaft zu betrachten. Wenn nun, wie die Klage anführt, in Folge einer Generalversammlung verschiedener Personen, welche sich hiebei betheiligt, beschlossen wurde, das Kuppenheimer Eisenwalzwerk anzukaufen und zu betreiben, und zu diesem Zwecke 1000 Actien zu 60 fl. zu emittiren, sowie einen Verwaltungsrath und ein Aufsichtscomite zu bilden und diese mit der Ausführung des Beschlusses der Generalversammlung zu beauftragen, und wenn hierauf Actien, wie die Klagbeilage, ausgegeben wurden, so können wohl nicht die zwei Beklagten dafür, daß sie die Actien unterzeichnet haben, für deren Werth oder deren Gegenstand aus diesem einzigen Grunde schon verantwortlich und belangt werden, da sie nach der Actie nur als Bevollmächtigte der factischen Gesellschaft handeln, und diese verpflichten.

Im Vergleich des Wortlauts der Actienurkunde zum Klaginhalt steht dem Kläger, in Bezug auf dessen Auftreten es hier gleichgültig ist, in welcher Weise er die Actien erworben, nach der Natur der Sache nur das Recht zu, als factischer Theilhaber Rechnung über die Verwaltung des Gesellschaftsvermögens und Ausfolgung seines Antheiles nach Verhältniß des Besitzes der Actien zu verlangen. Der Werthbetrag der Actien ist nach dem Wortlaut derselben nicht garantirt und keiner der Beklagten hat sich darin verpflichtet, baares Geld anstatt derselben zu bezahlen. Nur allein der Mitbeklagte Klein hat sich nach der der Klage beigelegten Actie verpflichtet, auf 1. Februar, 1. Mai, 1. August, 1. November 1848 je 5 pCt. Zins daraus zu zahlen. Und hiezu mußte derselbe auch gegen Uebergabe der Zinscoupons schuldig erkannt werden.

Da indessen diese Zinscoupons zunächst nicht Gegenstand des Streits sind, ist hievon Umgang zu nehmen, und wurde in der Hauptsache, wie geschehen, erkannt."

Auf ergriffene Berufung reformirte das großherzogliche Hofgericht des Mittelrheinkreises das amtliche Urtheil und erklärte die Beklagten unter sammtverbindlicher Haftbarkeit für schuldig, die eingeklagten 2400 fl. nebst Zinsen an den Kläger zu zahlen, aus folgenden Gründen:

„Die Beklagten haben zur Entstehung von Eisenwalzwerks-Aktien mitgewirkt, die nur von einer wirklich rechtsgiltig bestehenden Actiengesellschaft ausgeben konnten. Eine solche Gesellschaft war bei dem Mangel öffentlicher Beurkundung und staatsordnungsmäßiger Genehmigung ihres Bestandes nicht vorhanden. Dieselben müssen sonach für die Verbreitung derartiger Papiere, einerlei, ob sie dabei aus gewinnsüchtiger Absicht mitgewirkt haben mögen, oder ob ihnen diese Absicht fremd geblieben ist, sowie für die Folgen einer derartigen Verbreitung haften.

Als nachgewiesene Thatsache muß nun aber betrachtet werden, daß der jetzt flüchtige Hugo Cassel von Strasburg dem Kläger, Ochsenwirth Joseph Treger von Oppenau für einen ihm übergebenen Pfandbrief über ein Darleihen von 2400 fl. 40 Stück lithographirte Eisenwalzwerk-Actien, das Stück zu 60 fl., als baare Darlehenssumme übergab.

Der Beweis dieser Thatsachen ergab sich aber zunächst aus den erhobenen Aussagen der Zeugen: Gemeinderath Joseph Hodapp von Oppenau, sodann des Kaufmanns Christian Fischer von Offenburg und des Holzhändlers Friedrich Karl Gautschy von Strasburg, deren Aussage in den Protokollen des Oberamts Offenburg vom 27. Juni 1853 und vom 19. Juli 1853 niedergelegt sind.

Diesem Beweismittel kann nicht entgegengehalten werden, daß eine vollbeweisende Urkunde entgegenstehe; es handelt sich vielmehr um eine unrechte That des Darleihers Hugo Cassel, welche dem Beweismittel jedenfalls Eingang verschafft.

Ferner aber ist dieser Beweis geführt, durch den in der Vorlagetagfahrt nachgewiesenen Besitz von 39 dieser Actien und endlich durch die Acten in Untersuchungssachen gegen Hugo Cassel von Strasburg wegen Betrugs, und die in diesen Acten angerufenen Erklärungen der Beklagten.

Da nun aber mit der Hingabe des Pfandbriefes dem Kläger ein Schaden durch die Entgegennahme völlig werthloser Papiere entstund, so mußte gegen die Beklagten, deren Einer sich jedoch der ergangenen Aufforderung unerachtet, nicht vertheidigt hat, wie geschehen erkannt werden.

Der in der Klage begehrte Zinsfus von sechs vom Hundert mußte jedoch, da es sich hier nicht um eine Handelssache, sondern um eine unrechte That handelt, in der geschehenen Weise herabgesetzt werden."

Das großh. Oberhofgericht bestätigte dieses Erkenntniß aus folgenden Gründen:

„Dadurch, daß der Beklagte Oberappellant Schneider die s. g. Actien der Kuppenheimer Eisenwalzwerks-Gesellschaft mitunterzeichnet und zugestimmt hat, daß dieselben mit dem Nennwerth (60 fl.) ausgegeben werden sollen, hat er zu einer unrechten That mitgewirkt, welche darin liegt, daß darin das Bestehen einer Actiengesellschaft und des bezeichneten Eigenthums in Gebäulichkeiten 2c. 2c. als die Grundlage des angenommenen Werths der Actien versichert wird, während es, dem Beklagten wohl bewußt, an dieser Grundlage fehlte, indem weder die Gesellschaft in gesetzlicher Weise, mit Einholung der Staatsgenehmigung 2c. 2c. bestand, noch das gedachte Eigenthum erworben war, welch beide Voraussetzungen erst zur Emittirung der Actien berechtigt haben würden. Beklagter ist daher nach L.R.Zusatz 1382 d. zum Ersatz des dem Kläger durch den Empfang solcher Actien gegen Ausstellung einer Pfandurkunde für den Betrag des Nennwerths der Actien (2400 fl.) zugegangenen Schadens haftbar."

Aus d. Gr. 2c.

Dr. Ladenburg.

III.

Ueber die Wahrung des Vorzugsrechts des Kaufpreises

Annalen 18⁴⁹/₅₀. XVII. No 65. S. 517.

Der Gutsübernehmer wahrt dem Uebergeber das Vorzugsrecht des Verkäufers dadurch, daß er den Uebergabsvertrag im Grundbuche eintragen läßt, vorausgesetzt, daß

1) nach diesem Vertrag der Uebergabspreis erst nach dem Tage des Eintrags fällig wurde, also damals noch ausstand,
2) der Vertrag seinem Wesen nach ein über einen einzelnen Vermögens-Bestandtheil abgeschlossener Kaufvertrag ist.

L.R.S. 2108. vergl. 2148. 1.
Bekk dingliche Rechte §. 70. S. 163 oben.
Zachariä, französisches Civ.-Recht §. 271 Note 6. 1.
Brauer, Erläuterungen Band 4. S. 169 a. b.
L.R.S. 1582 vergl. L.R.S. 1983 b. 1156.

Daraus, daß dem Eintrag die Ertheilung der Gewähr nicht beigesetzt ist, folgt nicht, daß diese verweigert wurde, sie ist vielmehr eben durch die ohne Vorbehalt geschehene Bewirkung des Eintrags stillschweigend ertheilt.

Trefurt, System des bad. Civ.-Rechts S. 130.

Wenn auch die einzelnen verkauften Liegenschaften in dem eingetragenen Vertrag nicht besonders genannt sind, so wird dieser Mangel doch durch den späteren, aber noch rechtzeitigen Eintrag des, ein Verzeichniß derselben enthaltenden, Erwerbstitels des Uebergebers ergänzt.

L.R.S. 2148 ³ vergl. mit 6 k.

Nachdem das Vorzugsrecht des Kaufpreises durch Eintrag einmal gewahrt ist, so kommt es als Zugehör der Forderung jedem zu, welcher sich zur Zeit als Inhaber der Forderung auszuweisen vermag, wenn auch unterlassen wurde, die Cession zum Grundbuche einzutragen.

L.R.S. 1692.

Stf.

Redacteur: Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von E. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXI. No. 33. Mannheim, 12. August 1854.

I.

Zur Erläuterung der bürgerlichen Prozeß-Ordnung.

VIII. Vom besseren Glück des Verganteten und zum besseren Glück der Gläubiger.

Alte P.O. §. 938. Neue P.O. §. 903.

Der §. 938 der alten P.O. enthielt im ersten Absatz die dem L.R.S. 1270 und der Natur der Sache entsprechende einfache Bestimmung, daß, wenn der vergantete Schuldner nach der Zeit der gemäß §. 935 vertheilten Gantmasse wieder zu Vermögen gelangt, diejenigen Gläubiger, welche sich bei der früheren Gant nicht gemeldet, sowie diejenigen, welche keine oder nur unvollständige Befriedigung erhalten haben, ihre Ansprüche auf's Neue gegen denselben geltend machen können.

Im zweiten Absatz des nämlichen §. 938 war aber zu Gunsten des Verganteten die beschränkende Bestimmung beigefügt: mit dem später erlangten Vermögen könne jedoch der Schuldner von dem früheren Gläubiger nur dann und insoweit in Anspruch genommen werden, als dadurch der nöthige Unterhalt für ihn und für seine Familie nicht geschmälert werde.

Diese beschränkende Bestimmung, welche ihrem natürlichen Wortsinn nach nichts weiter enthält als eine bedeutende Erweiterung der Rechtswohlthat der Zugriffsfreiheit (der s. g. Competenz) [1]) zum Vortheil des Verganteten und zum Nachtheil seiner Gläubiger, gab unter dem alten Prozeßrecht den Stoff zu bekannten Streitfragen. Vielfach, übrigens keineswegs allgemein, kann die Praxis zu dem Ergebniß, daß das bessere Glück, das Vorhandensein eines nach Obigem angreifbaren Vermögens des Schuldners, als gesetzliche Voraussetzung und Bedingung der Einklagung der Schuldforderung jedesmal behauptet und nöthigenfalls erwiesen werden müsse. Es fehlte jedoch auch nicht an Stimmen, sowohl bei Untergerichten als bei Obergerichten, welche sich dafür entschieden, daß nach Sinn und Ausdruck des Gesetzes das Vorhandensein eines dem Gläubiger zu gut kommenden Vermögens nicht schon bei der Streitverhandlung als Klagbedingung nachzuweisen, vielmehr eine blose Vollstreckungsfrage sei, wovon das Klagrecht selbst nicht abhängen könne.

Man vergleiche die Ausführung von Wilh. Brauer in Annalen Jahrg. V. S. 40 und die Ausführung von Haager mit Bezugnahme auf Entscheidungen des oberrheinischen Hofgerichtes in Annalen Jahrg. XII. S. 46. 331, auch Annalen Jahrg. XVII. S. 222.

Die Vertheidiger dieser für den Verganteten allerdings minder günstigen, aber für die Gläubiger gerechteren Meinung beriefen sich hauptsächlich auf folgende Gründe:

1) daß der Zweck jeder gerichtlichen Klage zunächst in der Entscheidung streitiger Rechtsverhältnisse bestehe, dagegen die Frage, ob und welche Zahlungsmittel vorhanden seien, naturgemäß in das Vollstrekungsverfahren (welches an sich gar nicht

[1]) In L.R.S. 2217 b. und c. hat das badische Gesetz im Anschluß an das französische Recht (Code de procedure civile, Art. 592. 593) dem Schuldner in und außer der Gant eine billig bemessene Zugriffsfreiheit in Bezug auf gewisse Gattungen der Fahrniß, namentlich Werkzeuge, Bücher, welche der Schuldner zur Betreibung seines Gewerbes oder Berufes bedarf, die für ihn und seine Familie auf einen Monat nöthigen Lebensmittel u. s. w. gewährt. Daß diese Rechtswohlthat mit der in §. 938 der alten P.O. dem Verganteten weiter verliehenen besonderen Vergünstigung in genauem Zusammenhang steht, läßt sich nicht verkennen, die erstere bildete die allgemeine, die letztere eine besondere Regel.

Der Eins.



nothwendig ein richterliches Geschäft sei) gehöre, mithin auch im obigen Fall nicht als Vorfrage für Zulassung der Klage behandelt werden dürfe;

2) daß dieses insbesondere wegen der den Gläubigern drohenden Klagenverjährung rechtlich gar nicht angehe und

3) ebenso auch wegen des etwa drohenden Verlustes, beziehungsweise der Erschwerung der Beweise, in welcher Hinsicht die gesetzlichen Schutzmaßregeln (Beweiserhebung zum ewigen Gedächtniß und dergl.) keine ausreichende Sicherung gewähren können;

4) daß aber, was die Worte des Gesetzes betrifft, der Ausdruck „geltend machen können" im ersten Absatz keineswegs nothwendig auf Beschränkung der Klagzulässigkeit bezogen werden müsse, vielmehr, den Verhältnissen entsprechend, gar wohl auf eine Klagerhebung mit Aussicht auf Befriedigung gedeutet werden könne, eine Auslegung, die durch den Ausdruck „in Anspruch genommen werden" in dem zweiten Absatz ihre Bestätigung finde, indem hiedurch in dem entscheidenden Hauptausspruch näher auf das wirkliche Angreifen des Vermögens hingewiesen werde; [2])

5) daß überdieß auch die hieher gehörige Bestimmung des L.R.S. 1270 über die Wirkung der Vermögensabtretung, ferner die hierauf gegründete Rechtsübung in Frankreich, wo überall kein Nachweis des besseren Glückes zur Klagerhebung gefordert werde, und nicht minder auch eine Bemerkung im Commissionsbericht der zweiten Kammer zu dem betreffenden §. des Entwurfes der P.O. vom Jahr 1831 gegen die obige, in der Praxis vorherrschende Ansicht spreche. (In dem angeführten Commissionsbericht wird nämlich gesagt, daß der 939 des Entwurfes, 938 der alten P.O. eine Wiederholung des L.R.S. 1270 enthalte, jedoch den neuerlichen Zugriff auf das neue Vermögen des Schuldners nur alsdann und insofern gestatte, als dadurch der Unterhalt für ihn und seine Familie nicht geschmälert werde. Die Worte des Art. 1270 sind aber an sich klar und deren Anwendung in dem behaupteten Sinn bei den französischen Gerichten scheint keinem Streit zu unterliegen. Vrgl. Zachariä, Handbuch des franz. Civ.Rechts B. III. §. 587. Toullier, T 7., No. 242 und ff., Duranton, zu L. III. tit. 3. No. 254. 255. [3])

Dieser Reihe von Gründen, wovon fast jeder von schwer verkennbarem Gewicht, ja der zweite und dritte nach den gegebenen Verhältnissen, streng rechtlich betrachtet, wohl geradezu unabweislich [4]) scheint, hat Bekk

---

[2]) Man könnte hinzufügen, daß die in Frage stehende Rechtswohlthat zu Gunsten eines in der Regel mindestens leichtsinnigen Schuldners als eine augenscheinliche Ausnahmsbestimmung keiner ausdehnenden, sondern eher der beschränkenden Auslegung unterliegen konnte und sollte, ja, daß eine solche Ausnahmsbestimmung, wenn hiedurch den Gläubigern für viele Fälle der Klagweg ganz abgeschnitten werden sollte, als eine Abweichung von den ersten Rechtsgrundsätzen mit den allerklarsten und unzweideutigsten Worten ausgesprochen sein müßte.

Der Eins.

[3]) Sehr entschieden sprach sich schon Jaubert in seinem im Tribunat erstatteten Bericht über den Sinn und die Absicht des Art. 1270 aus:

„Indépendamment de la justice stricte, qui ne permet pas qu'un débiteur possède des biens au préjudice de ses créanciers, il faut empêcher, autant qu'il est possible, les fraudes, qui pourraient résulter de la cession, et ce serait souvent les provoquer que d'assurer au débiteur qui aurait fait cession, la jouissance des biens, qu'il aurait acquis postérieurement.

En un mot, la cession judiciaire ne libère pas le débiteur absolument; ce ne peut et ce ne doit être que jusqu'à concurrence des biens abandonnés, et dans le cas où ils auraient été insuffisans, s'il lui en survient d'autres, il est obligé de les abandonner jusqu'au parfait paiement.

La législation ne doit pas être dure, mais elle doit être inflexible contre ceux qui ne remplissent pas leurs engagemens."

Vrgl. hiezu die neueste Ausführung in Annalen Jahrg. XXI. S. 204, auch Brauer Handb. zu L.R.S. 1265—70. S. 3187. 3192.

Nicht ohne Grund ist an den letztangeführten Orten darauf hingewiesen, wie es jedenfalls in der Hand des Richters steht, dem Schuldner nach Lage der Sache, zur Betreibung eines neuen Geschäftes und dergl., angemessene Zahlungsfristen zu gestatten. L.R.S. 1244 gibt dem Richter in solchen Fällen sogar das Recht, das gerichtliche Verfahren eine Zeit lang einzustellen. Eine unbillige Härte ist demnach bei gehöriger Handhabung der Gesetze überall nicht zu besorgen.

Der Eins.

[4]) Auch der allgemeine Grundsatz, daß gegen den, der nicht klagen kann, keine Verjährung läuft, könnte (dessen Anwendbarkeit nach L.R.S. 2251. 2257 vorausgesetzt) dem Gläubiger keine genügende Hülfe gewähren, sofern die Vermögensverhältnisse des Schuldners ohne gerichtliche Einschreitung schwer zu ermitteln und festzu-

in Annalen Jahrg XII. S. 47. Note * eigentlich nur eine den zu erweisenden Grundsatz einfach unterstellende Behauptung (Petitio principii) entgegengesetzt, unterstützt freilich durch das anerkannte Gewicht seiner so lange und reich bewährten juristischen Autorität; derselbe hat als ausgemacht vorausgesetzt, daß das Gesetz dem Verganteten, damit er sich wieder erholen könne, auch schon vor blosen Zugriffsversuchen bewahren wollte, und daß die Einklagung, die doch nach Umständen auch wohl nur der Richtigstellung wegen oder zum Zweck der Abwendung der Verjährung oder des Verlustes von Beweismitteln erfolgen kann, schon als ein Zugriffsversuch zu betrachten, der Vergantete hinsichtlich einer schon vor der Gant vorhanden gewesenen Schuld gar nicht zur Zahlung verpflichtet sei, so lange er nicht zu besserem Glück (melior fortuna) komme. Insoweit sich diese Annahme etwa an Ansichten des älteren Rechtes über den Nachweis des besseren Glückes anlehnen mochte, so fand dieselbe auch dort keinen festen und sicheren Grund, worauf sie sich stützen konnte, da die Ansichten der Lehrer des gemeinen Rechtes in Bezug auf das beneficium competentiae im Allgemeinen und überhaupt in diesem Gebiete sehr auseinandergingen und die fragliche Unterstellung keineswegs allgemein angenommen und auch wohl nicht durch die Gesetze hinlänglich gerechtfertigt war, wenigstens nicht durch klare Gesetze und in ihrem ganzen Umpfang.

Vrgl. §. 40. J. de action. 4. 6.
§. 4. J. de replicat. 4. 14.
l. 4. 6. 7. D. de cess. bon. 42. 3.
l. 1. 7. C. qui bonis ced. 7. 71.
l. 3. C. de bonis auctorit. judic. poss. 7. 72.
Bayer's Concursprozeß §. 26, verglichen mit §. 11 und 12.
A. Ch. J. Schmid's Handbuch des Civilprozesses Thl. III. §. 214.
Weiske's Rechtslexikon Band II. S. 818—819. *)

Mit gutem Grunde haben daher auch neuere Gesetzgebungen, jenem „falschen Erbarmen" vor dem schon Thibaut bezüglich des beneficium competentiae (§. 662 seines Pand.Syst.) warnt, nicht nachgegeben und dem Verganteten eine soweit gehende Rechtswohlthat versagt, so z. B. die hannöverische (in § 655 d. Prozeßordnung vom Jahr 1850), ja es hat diese Gesetzgebung sogar die Rechtswohlthat der Competenz nur auf den Fall beschränkt, wenn der Schuldner durch die eigene Anzeige seiner Vermögens-Unzulänglichkeit das Gantverfahren selbst veranlaßt hat.

---

stellen sind, auch der Stand der Sache zum Nachtheil des Gläubigers sich in mancher Beziehung wesentlich ändern könnte.

Der Eins.

*) In Weiske's Rechtslexikon a. a. O. im Art. „Concurs" wird mit dem Bemerken, daß die bezüglichen Bestimmungen des römischen Rechtes nicht ganz klar seien, hierüber Folgendes angeführt:

„An und für sich nämlich wurde als Regel angenommen, daß derjenige, welcher bereits bonorum venditio erlitten hatte, wegen solcher Schulden, die er schon vor dieser venditio gehabt hatte, später, nach derselben, nicht weiter belangt werden konnte, wenn auch die Gläubiger das Ihrige nicht vollständig bekommen hatten. Zwar war der Schuldner nicht ipso jure als liberirt anzusehen, allein er hatte eine Exception gegen die ihn neuerdings verfolgenden Gläubiger. Diese Exception konnte jedoch durch eine Replik aufgehoben werden, wenn derselbe nach der ersten venditio wieder etwas Bedeutendes an Vermögen erworben hatte. Alsdann konnten sowohl einzelne Klagen gegen ihn angebracht, als auch eine neue venditio bonorum gegen ihn verfügt werden. Was für bedeutend zu achten sei, wurde durch den Richter bestimmt. Jedenfalls konnte der Schuldner, dessen Concurs mit der cessio begonnen hatte, wenn er später etwas erwarb und neuerdings wegen früherer Schulden belangt wurde, nur in quantum facere potuit verurtheilt werden. Alle diese Rechtswohlthaten kamen ihm nicht nur gegen diejenigen Gläubiger, welche sich beim Concurse gemeldet, sondern auch gegen diejenigen zu statten, welche sich nicht gemeldet hatten, dafern nur ihre Forderungen vor dem Concurse entstanden waren. Zweifelhaft ist es nur, ob er dieselben auch dann genoß, wenn er nicht bonis cedirt, sondern der Concurs durch die missio in bona seinen Anfang genommen hatte." —

„Das deutsche Recht ist im Ganzen von denselben Grundsätzen ausgegangen und nur eine Controverse hat sich hier erhoben, nämlich die: ob ein Gläubiger, dessen Forderung schon vor dem Concurse entstanden war, wenn er nach dessen Beendigung gegen den Gemeinschuldner klagen will, um die Klage zu begründen, anführen und beweisen müsse, daß der Schuldner zu besserem Vermögen gekommen sei, oder ob dieses zu Gunsten des Gläubigers präsumirt werde. Die Praxis ist hierin sehr schwankend. Meistens nahm man an, daß wenn sich der Gläubiger beim Concurse gemeldet habe, in der spätern Klage, wenn sie rechtsbeständig sein sollte, angeführt werden müsse, es sei der Schuldner wieder zu besserem Vermögen gekommen. Bei demjenigen Gläubiger hingegen, der sich im Liquidationstermine nicht gemeldet, und also aus der Masse nichts bekommen hatte, verlangte man dies nicht . . . ."

Hiermit ist Satz 819, Note 86 ebendort hinsichtlich der früheren Praxis der sächsischen Gerichte zu vergleichen.

Hätte aber auch die badische Prozeßgebung vom Jahr 1831, unter dem Einfluß damals vorherrschender Ideen, abweichend von landrechtlichen Grundsätzen und der französischen Rechtsübung wirklich damals so weit gehen wollen, um der lieben Ruhe des Verganteten willen (eines einzelnen Mannes, der in der Mehrzahl der Fälle einer besonders zarten Schonung wenig würdig erscheinen wird, und seinerseits Schaaren von Gläubigern in nachhaltige Unruhe setzte), die große Zahl der so oft muthwillig oder leichtfertig um das Ihrige gebrachten Gläubiger in ihren wichtigsten Rechten, dem Recht der Klagerhebung, so wesentlich zu beschränken, so konnte doch jedenfalls die aufgefaßte Rechtswohlthat, oder vielmehr Rechtsplage, vor dem Geiste der neuen Prozeßgebung vom Jahr 1851 keine Gnade finden.

War es doch mit eine Hauptaufgabe der neuen Gesetzgebung, jene Bestimmungen des älteren Prozeßgesetzes, die aus zu weit getriebener Schonung und Humanität gegen Schuldner und Beklagte die Rechte der Gläubiger und Rechtsuchenden allzusehr gefährdeten, zu beseitigen oder zu mildern. Man erinnere sich an einige wohlbekannten Gesetzesänderungen, welche von dem dahin gerichteten Bestreben der Gesetzgebung zeugen, nämlich:

die Beseitigung der allzugroßen Nachsicht in Bezug auf Fristen überhaupt, insbesondere aber im Vollstreckungsverfahren: P.O. §. 232. 277 301. 312. 320. 536. 540. 615 und §. 914. 946. 966. 982. 1000. (Aufhebung der §§. 954. 1029 der alten P.O.);

die Einführung eines strengeren Ungehorsamsverfahrens mit Verschleppungsbußen, §. 323. 326. 604—616;

die Einschreitung gegen Lug und Trug durch Argliststrafen, §. 274—276. 634.

Man erinnere sich aber namentlich auch an die gleichzeitig in's Leben getretenen strengeren Strafbestimmungen wider den Betrug gegen Gläubiger und leichtsinnige und muthwillige Ueberschuldung, die neuen §§. 465 und 466 des Strafgesetzbuches, Einführungsgesetz §. 2.

Es war demgemäß wohl zu erwarten, daß die neue Gesetzgebung, im Hinblick auf die im Eingang erwähnte Praxis, auch für den Fall des s. g. besseren Glückes die geeignete Abhilfe zu Gunsten der Gläubiger und ihres guten Rechtes gewähren werde, und es hat dieselbe auch in der That das Ihrige gethan. Sie hat den zweiten Absatz des §. 938 der alten P.O. in §. 903 des neuen Gesetzes gänzlich beseitigt. Hiedurch erscheint die frühere Streitfrage abgeschnitten und aller Streit entschieden.

Wenn man nämlich die oben besprochene, die Gesetzesänderung veranlassende Geschichte des §. 938 der alten Prozeßordnung und hiezu den Commissionsbericht des Abgeordneten Amt. Mayer in der zweiten Kammer zu Art. XLII. des Entwurfes vergleicht, so kann darüber gar kein Zweifel Raum finden, daß die Gesetzgebung die Absicht hatte durch die Streichung des zweiten Absatzes des §. 938 jene nicht gerechtfertigte Rechtswohlthat des Verganteten auf einfachem Wege nicht blos theilweise, sondern gänzlich zu beseitigen.

Die Commission der zweiten Kammer war es selbst, welche die Streichung jenes zweiten Absatzes beantragte und herbeiführte, und zwar mit dem in ihrem Bericht nicht blos angedeuteten, sondern klar und deutlich ausgesprochenen Grund und Zweck, daß hierdurch jene s. g. Rechtswohlthat, weil sie nicht gerechtfertigt sei, („indem die Vermögensumstände des Schuldners für sich allein ohne besondere Vorsorge des Gesetzes den Gläubiger davon abhalten werden, einen am Ende erfolglosen Rechtsstreit durchzuführen,") völlig abgeschafft werden sollte. [6]

Wurde der fragliche Gesetzabänderungs-Vorschlag nach klarem, unverwerflichem Nachweis in diesem Sinne, zu solchem Zwecke, gemacht und von den verschiedenen Theilhabern am Werk der Gesetzgebung dann unverändert angenommen, so muß auch die Gesetzesänderung selbst in solchem und keinem anderen Sinne von den Gerichten aufgenommen werden, in so lange nicht etwa aus den Verhandlungen unserer gesetzgebenden Körper selbst klar nachgewiesen werden kann, daß die Gesetzesänderung dennoch in einem andern Sinne beschlossen wurde und aufzufassen ist. Es beruht dieß auf einer allgemeinen rechtlichen Auslegungsregel, aus welcher die L.R.S. 1108a bis c entsprungen sind. Ein derartiger Nachweis ist nun aber nicht geliefert, und, soweit immer bekannt, nicht zu liefern.

Hiernach kann die in Annalen d. J. S. 187 mitgetheilte, durch Plenarbeschluß [7]) dem 9. Mai d. J. gebil-

[6]) Es wurden in der bezüglichen Stelle des Berichtes, die auf S. 203 der Annalen d. J. bereits wörtlich abgedruckt ist, die einzelnen Richtungen der angefochtenen Rechtswohlthat ausdrücklich angeführt, so daß ein Zweifel über das, was man beabsichtigte, darin weder gefunden, noch gesucht werden kann. Der Eins.

[7]) Daß allgemeine Plenarbeschlüsse über Streitfragen im bürgerlichen Rechtsgebiet, so ersprießlich sie auch in Bezug auf Gleich-

ligte Ansicht des mittelrheinischen Hofgerichts, welche schon im Gerichtshof selbst wie außerhalb desselben und auch in diesen Blättern S. 203 auf wohlbegründeten Widerstand stieß, in so weit, als hiedurch die gänzliche Abschaffung der angefochtenen Rechtswohlthat nicht anerkannt wird, nicht als gesetzlich zuläßig und haltbar betrachtet werden. Es sucht das mittelrheinische Hofgericht, wenn die erwähnte Mittheilung ihre Richtigkeit hat, gleichsam wie Trümmer aus einem Schiffbruch, von jener durch die Gesetzgebung vernichteten s. g. Rechtswohlthat folgende Reste zu retten:

1) Das Erforderniß des Daseins nicht blos eines Zugriffsgegenstandes überhaupt, sondern auch des Erwerbes eines Vermögens oder Verdienstes von solchem Belang, daß der Schuldner, ohne von Neuem vergantet werden zu müssen, zur Nachzahlung der in der Gant nicht befriedigten Gläubiger etwas abgeben könne;

2) die Nothwendigkeit der Aufführung und Erweisung der hiernach erheblichen Vermögens- und Erwerbsverhältnisse des Schuldners durch den Kläger und zwar der Anführung (nach altem Brauch) schon in der Klage, oder geeignetenfalls auf Einwendung als Replick des besseren Glücks. (Die etwaige Klagerhebung blos zum Zweck der Feststellung des Rechtes ohne begehrte Zahlung soll wegen P.O. §. 278 allerdings dem Gläubiger unverwehrt sein.)

Allein die Festhaltung dieser Reste der alten, jedenfalls sehr bestrittenen und bestreitbaren Rechtswohlthat erscheint nach Obigem sicher nicht statthaft, wenn nicht die Willkühr subjectiver Meinung an die Stelle des klar verbriesten Rechtes [8]) treten soll. Es findet diese Auslegung die den öffentlich beurkundeten Ursprung und beabsichtigten Umfang der fraglichen Gesetzesänderung verkennt, weder in der Fassung des P.O. §. 903, worin der Nachweis eines Vermögens von irgend einem bestimmten Belang nirgend gefordert, und vielmehr nur ein einfacher Vorbehalt ausgsprochen ist, [9]) noch in der Bestimmung des L.R.S. 1270 und der Anwendung dieses Artikels in Frankreich, noch auch, zumal in ihrer unbeschränkten Ausdehnung auf alle Vergantete ohne Rücksicht auf die Cessio bonorum, in unbestrittenen Sätzen des gemeinen Rechtes, noch auch endlich, wie mir scheint, in allgemeinen Grundsätzen des Rechtes und der Billigkeit ihre Rechtfertigung.

Dieß dürfte durch das Obige genügend dargethan sein.

Soviel vom „besseren Glück" des Vergantenten und, wenn der Wunsch erlaubt ist, zum besseren Glück der Gläubiger und des §. 903.

Eduard Brauer.

---

förmigkeit der Entscheidungen erscheinen mögen, selbst in blosen Fragen des Verfahrens die einzelnen Gerichtsmitglieder in ihrer Ueberzeugung und Abstimmung nicht fest binden könne, ergibt sich von selbst. L.R.S. 5.

Am wenigsten aber können wohl solche Beschlüsse da eine solche Wirkung äußern, wo es sich nicht um bloße Formfragen, sondern um Fragen handelt, die in das Sachverhältniß selbst eingreifen, wie etwa um das Recht zur Klagerhebung, um den rechtlichen Grund einer Einrede oder Replik.

Bei solchen Fragen möchten Plenarbeschlüsse zur Feststellung der Meinungen um so bedenklicher erscheinen, als wohl nicht jedes einzelne Mitglied immer in den Stand gesetzt und veranlaßt sein wird, durch tiefere Ergründung der rechtlichen Streitfragen und eigenes näheres Forschen zur Entscheidung der streitigen Rechtspunkte vollkommen genügend vorbereitet zu sein und zufällige Umstände leicht auf den Erfolg der Abstimmung augenblicklich einwirken können.

Der Eins.

[8]) Ich möchte die Folgen nicht verantworten, welche sich ergeben könnten, wenn z. B. bei geänderten Verfassungsgesetzen eine solche Freiheit der Auslegung wie die an P.O. §. 903 versuchte, nach dieser oder jener Richtung hin sich Bahn bräche.

Der Eins.

[9]) Als einfacher Vorbehalt ist auch die Verfügung des §. 903 in der Inhaltsbezeichnung am Rande aufgeführt, die auch schon in der alten P.O. ebenso lautete.

Nach dem oben in Note [5] geschilderten Stand des Streites im gemeinen Recht war die ausdrückliche Beisetzung eines solchen Vorbehaltes gegenüber gangbar gewordener Meinungen, keinesfalls etwas Müßiges und Ueberflüßiges, dagegen hätte der Grundsatz der Unzuläßigkeit der Klagerhebung doch wohl direkt ausgesprochen werden müssen, wenn er hätte aufgenommen werden sollen. Vergl. oben Note [2].

Der Eins.

II.

Die Einstellung des Gantverfahrens wegen Mangels an Massevermögen gilt nicht der Beendigung der Gant im Sinne der §§. 900—902 Pr.O. gleich; sondern das Vermögen, welches dem Cridar später anerfällt, bildet neuerdings die Gantmasse. §. 800 Pr.O.

Gegen den vormaligen Zeitungsredacteur J. P. G. in Mannheim wurde am 27. Juli 1849 Gant erkannt.

Während die angemeldeten Forderungen mehrerer

Gläubiger noch nicht einmal richtig gestellt, sondern die Verhandlungen hierüber noch im Laufe waren, legte der Massepfleger mit der Bitte um sein Absolutorium, eine s. g. Schlußrechnung vor, aus welcher sich ergab, daß derselbe kein Massevermögen mehr besaß, vielmehr solches bereits an einzelne Absonderungsgläubiger ausgezahlt oder zur Bestreitung von Prozeßkosten im Interesse der Gantmasse verwendet hatte.

Hierauf verfügte der Gantrichter ohne vorgängige Einvernahme der Gantgläubiger oder ihrer Vertreter am 10. Juni 1851:

1) dem Massepfleger sofort das erbetene Absolutorium zu ertheilen,
2) das gegen Redacteur J. P. G. eingeleitete Gantverfahren einzustellen und
3) hiervon den Gläubigern mit dem Bemerken Nachricht zu geben, daß demjenigen derselben, welcher Fortsetzung des Gantverfahrens beantragen wolle, überlassen werde, die Kosten hiefür vorzuschießen.

Dem flüchtigen Cridar fiel dann im Jahre 1852 durch den Tod seines Bruders J. M. G. in Mannheim einiges Vermögen erblich an, welches von den Gantgläubigern als zu dessen Gantmasse gehörig in Anspruch genommen, und auf den Antrag des Gläubigerausschusses durch stadtamtliche Verfügung vom 20. April 1852 zu deren Gunsten mit Beschlag belegt wurde.

Später suchte aber auch der großh. Fiscus als Gläubiger G's. für eine Entschädigungsforderung von mehreren Millionen außerhalb der Gant auf den nämlichen Erbtheil Beschlag nach.

Gegen die Anlegung dieses Arrestes erhob die J. P. G.'sche Gantmasse Einsprache, welche auf den Eigenthumsanspruch an den dem Cridar anerfallenen Erbtheil gestützt wurde.

Der großh. Fiskus suchte nun die von der Gantmasse erhobene Einsprache mit der Behauptung abzuwenden, daß zur Zeit des fraglichen Erbschaftsanfalls eine Gantmasse gar nicht mehr bestanden, weil das eingeleitete Gantverfahren bereits durch die gantrichterliche Verfügung vom 10. Juni 1851 ihre endliche Erledigung erhalten gehabt habe.

Großh. Oberhofgericht erkannte aber: diese Ansicht lasse sich weder mit dem Wortlaute jener Verfügung, noch mit den Umständen und der Veranlassung, auf welche sie erlassen wurde, noch mit dem erkennbaren Zwecke derselben vereinigen. Mit jener Verfügung sei offenbar das eingeleitete Gantverfahren weder aufgehoben, noch im Wege einer etwaigen Uebereinkunft der Gläubiger beigelegt, noch durch richterlichen Ausspruch für beendigt erklärt, sondern nur, wie schon die Wortfassung besage, die einstweilige Einstellung, d. h. das Beruhen oder Aussetzen des Verfahrens bis dahin ausgesprochen, wo beim Mangel disponiblen Massevermögens die zur Deckung der Kosten erforderlichen Mittel von den Gläubigern vorgeschossen werden würden. Dabei sei die Möglichkeit einer Auslegung im gegentheiligen Sinn unwiderlegbar schon durch den unter No. 3 jener Verfügung enthaltenen Beisatz ausgeschlossen.

Die Einsprache der Gantmasse sei sonach begründet, da nach den Bestimmungen des §. 836 der alten und des §. 800 der n. Pr.O. sämmtliches Vermögen, welches dem Gemeinschuldner zur Zeit der Ganteröffnung gehört und ihm bis zum Ende der Gant, d. h. bis zu dem Zeitpunkte zufällt, wo die Gant im Sinne des §. 935 der Pr.O. mit Verkündung des Vertheilungsbescheids für beendigt gilt, — die Gantmasse bilde; da ferner der großh. Fiscus, wenn auch seine Forderung an sich richtig und der gebetene Beschlag der Person des Gemeinschuldners gegenüber gerechtfertigt sein mochte, doch seine Rechte, nachdem er die Anmeldung seiner Ansprüche in der Gant unterlassen hatte und deßhalb von dem Präclusiv-Bescheide mitgetroffen worden sei, nicht auf dasjenige Vermögen des Cridars geltend machen könne, welches zur Gantmasse des Letzteren gehört und zur Befriedigung der in der Gant aufgetretenen Gläubiger erforderlich sei.

Stf.

III.

Liegenschaften, welche dem Cridar während der Gant anfallen, werden von richterlichen Unterpfandsrechten nicht mehr erfaßt.

§§. 800. 794 P.O.
L.R.S. 2123.

In der gegen J. P. G. im Jahr 1849 ausgebrochenen Gant liquidirte Advokat G. auf den Grund eines richterlichen Urtheils vom 27. April 1849 eine Forderung von 587 fl. nebst 4 pCt. Zinsen vom 19. März 1846 und begehrte damit Befriedigung in IV. Ordnung.

Aus Mangel an Massevermögen wurde indessen durch gantrichterliche Verfügung vom 10. Juni 1851 das weitere Gantverfahren eingestellt.

Durch den im Jahr 1852 erfolgten Tod des Joh. M. G., eines Bruders des Cridars, fiel diesem einiges Vermögen erblich zu, darunter der Antheil an einem in der Verlassenschaftsmasse befindlichen Hause.

Dieses Vermögen wurde von den Gantgläubigern als zur Gantmasse gehörig in Anspruch genommen, das bis dahin nicht beendigte Gantverfahren daher wieder aufgenommen und der dem Cridar aus dem Hauserlöse zugewiesene Antheil im Betrag von 881 fl. 21 kr. zur Gantmasse gezogen.

Auf den Grund des von ihm erwirkten Urtheils vom 27. April 1849, welches im Pfandbuche unterm 8. April 1851 auf sämmtliche gegenwärtige und künftige Liegenschaften des Schuldners eingetragen wurde, stellte hierauf Advokat G. den Antrag auf Befriedigung seiner Forderung außerhalb der Gant und eventuell auf vorzugsweise Befriedigung in IV. Ordnung aus dem Erlöse des dem Cridar erblich zugefallenen Hausantheils und führte zur Rechtfertigung desselben an, daß jene Liegenschaft nicht der Gantmasse, sondern dem Cridar erblich zugefallen, die Gantmasse also durch den Cridar zu dem Erbtheil gelangt sei; seine Forderung sei daher eine Schuld der Gantmasse. Ueberdieß habe sein richterliches Pfandrecht die dem Cridar erblich zugefallene Liegenschaft mit dem Tage des Anfalls ergriffen, dieselbe sei daher mit der Pfandlast auf die Gantmasse übergegangen.

Diesen Anträgen wurde jedoch von dem Gantrichter nicht entsprochen und die liquidirte Forderung mit 4 pCt. Zins vom 19. März 1846 in die V. Ordnung gesetzt.

Hiergegen wurde die Appellation ausgeführt und die Beschwerde darein gesetzt, daß die Forderung in die 5. Klasse locirt worden sei, statt daß solche in die 3. Klasse mit Unterpfandsrecht vom 8. April 1851 eventuell in die 4. Klasse mit Unterpfandsrecht vom 27. April 1849 auf den Erlös des in die Gantmasse gefallenen Hausantheils hätte locirt werden sollen.

Großh. Hofgericht des Unterrheinkreises (I. Civ.-Sen.) bestätigte jedoch unterm 31. Juli d. J. das Ganturtheil des großh. Stadtamts Mannheim, soweit dagegen appellirt worden war, aus folgenden

Gründen:

Die vorzugsweise Befriedigung eines Gantgläubigers vor einem andern findet nach L.R.S. 2218a nur statt in Ansehung desjenigen Vermögens, welches schon vor dem Zugriffe mit einem Vorzugs- oder Pfandrechte belastet war; — Vermögen, welches vor dem Zugriffe mit einem solchen Vorzugs- oder Pfandrechte nicht belastet war, bezeichnet das Gesetz als gemeines, an welches alle Gläubiger zugleich Ansprüche haben.

Hieraus, und da mit dem Tage des Gantausbruchs der Zugriff auf das Vermögen des Gantschuldners beginnt, folgt, daß Vermögenstheile, welche dem Gantschuldner erst nach dem Gantausbruche zufallen, zu dem gemeinen Vermögen des Gantschuldners zu rechnen sind, auf welches alle Gläubiger gleiche Ansprüche haben, und daß somit von dem Liquidanten, Appellanten ein Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung in III. oder IV. Ordnung aus der dem Cridar nach dem Gantausbruch zugefallenen Liegenschaft nicht geltend gemacht werden kann.

Zu demselben Resultate führt die Anwendung des §. 794 der P.O.

Darnach kann Niemand in den letzten 10 Tagen vor Ausbruch der Gant, also auch nicht während derselben, ein Vorzugs- oder Unterpfandsrecht auf die Güter des Gemeinschuldners erwerben oder erst eintragen lassen.

Ein richterliches Pfandrecht äußert demnach auf die erst während der Gant dem Gemeinschuldner anfallenden Liegenschaften keinerlei Wirkung; von einer Befriedigung des Appellanten aus der während der Gant dem Cridar angefallenen Liegenschaft in III. Ordnung kann demnach nicht die Rede sein; ebensowenig aber auch von einer Befriedigung desselben in IV. Ordnung, weil das Recht auf vorzugsweise Befriedigung in dieser Ordnung ein wirksames, wenn auch uneingetragenes Pfand- und Vorzugsrecht auf Liegenschaften voraussetzt, ein solches aber in Ansehung der nach dem Gantausbruch angefallenen Liegenschaften nicht zur Entstehung gelangen konnte.

Etf.

IV.

Zu §. 1193 P.O.

Wenn ein Dritter gegen die Anlegung eines Beschlags auf Liegenschaften auf den Grund von Eigenthumsansprüchen Einsprache erhebt, so ist Oberappellation gegen

die Abweisung jener Einsprache zulässig, weil es sich nicht um die Aufhebung oder Bestätigung eines angelegten Beschlags dem ursprünglichen Arrestbeklagten gegenüber, sondern um die Eigenthumsansprüche des Dritten auf das mit Beschlag belegte Vermögen handelt.

Oberhofg. Urtheil J. S. Grohe gegen Fiscus, Aufhebung eines Arrests vom 1. September 1853 No. 3761.

Stf.

V.

Zu §. 884 der Prozeßordnung.

Wenn eine in einer Gant liquidirte Forderung in ihrem angemeldeten Betrag in dem Ganturtheil für richtig erklärt wird, so kann die Gantmasse die Richtigkeit der Forderung nur mittelst eines selbstständigen Rechtsmittels beanstanden, und nicht als Appellatin diese Richtigkeit in der Appellations-Vernehmlassung erst in Frage stellen.

§§. 1134. 1143 P.O.

Ist eine solche für richtig erklärte Forderung den gemeinen Gläubigern 5r Ordnung in dem Ganturtheil bereits vorgesetzt (durch Einreichung in die dritte oder vierte Klasse) und wird durch das Rechtsmittel der Appellation noch weiteres Vorsetzen bezweckt, so kann die Appellation nicht auch gegen die Gantmasse, sondern sie kann nur gegen diejenigen einzelnen bevorrechteten Gläubiger gerichtet werden, welchen die Forderung noch weiter vorgesetzt werden soll.

Stf.

VI.

Aus dem Gantverfahren.

1) Der Cedent einer Forderung, welchem der Streit verkündet ist, kann gegen das Urtheil selbstständig das Rechtsmittel der Appellation ausführen, um seine Rechte zu wahren, denn zu diesem Zwecke ist er ja beigerufen.

§§. 107. 111. 112. 101. 96 der P.O.

Es ist selbst das Gesuch des Cedenten statthaft, daß die cedirte Forderung einer andern des Cessionars, welcher ihm den Streit verkündet und beide in einer Gant liquidirt hat, vorgesetzt werde.

Den Mehraufwand an Kosten, welcher dadurch veranlaßt wird, daß der zum Streite Beitretende die zur Wahrung seiner Rechte dienlichen Angriffsmittel gesondert vorträgt, hat nach §. 168 P.O. auch der unterliegende Theil zu tragen.

2) Nach §. 860 der P.O. hat das Ganturtheil bei jeder mit Unterpfands- oder Vorzugsrecht versehenen Forderung nur das besondere Vermögensstück zu bezeichnen, aus dessen Erlöse der Gläubiger seine Befriedigung zu erwarten hat, mit Angabe des Tags der Entstehung des Unterpfands- oder Vorzugsrechts — und nach §. 891 der P.O. muß erst der Vertheilungsbescheid die Bezeichnung des Betrags enthalten, welchen der Gläubiger zu seiner Befriedigung nach Maasgabe des Ganturtheils aus der Masse zu erhalten hat.

Wenn nun verschiedene Liegenschaften, von denen die eine diesem, die andere jenem Gläubiger verhaftet ist, zusammen um eine Bauschsumme versteigert werden, so ist zwar nicht schon im Ganturtheil aber doch vor Erlassung des Vertheilungsbescheids auszuscheiden, welcher Theil des Gesammterlöses auf die einen, und welcher auf die andern Liegenschaften kommt, damit hiernach berechnet werden kann, in wie weit der eine und der andere Theil des Erlöses zur Befriedigung der Gläubiger hinreicht, welchen Vorrechte auf den einen, beziehungsweise den andern Theil zustehen.

3) Das Vorrecht, welches den einen Theil des Erlöses erfaßt, collidirt nicht mit demjenigen, welches auf dem andern Theile haftet; dem Gläubiger, welchem jenes Vorrecht zukommt, geht daher die Legitimation zur Ergreifung des Rechtsmittels der Appellation gegen den Gläubiger ab, dem das Vorrecht auf den andern Theil des Erlöses, also auf einen andern Gegenstand zusteht.

§§. 832. 835. P.O.

Stf.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bauer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXI. No. 34. Mannheim, 19. August 1854.

I.

Competenzconflikt.

Die Gerichte sind nicht befugt, in Streitigkeiten über die Verbindlichkeit der Generalbrandkasse zur Bezahlung der Brandentschädigung zu verhandeln und zu entscheiden.

In Sachen des Israel Bernheim von Gailingen gegen die Generalbrandkasse, Brandentschädigung betreffend, wurde von dem Hofgericht des Seekreises durch Urtheil vom 26. Juli v. J. das Erkenntniß des Bezirksamtes Konstanz, besagend:

die Klage findet hier nicht statt,

aufgehoben und das Amt angewiesen, die weitern rechtlichen Verhandlungen zu pflegen und sodann das Erkenntniß zu geben.

Gründe.

Der Kläger behauptet, daß er Eigenthümer des in der Nacht vom 13. April 1848 abgebrannten, zu Obereschach im s. g. Winkel gelegenen Wohngebäudes, einerseits der Mühlbach, anderseits Wendelin Hanger, zur Zeit der Brandbeschädigung gewesen sei; er verlangt, daß dieses sein Eigenthumsrecht gegen die Beklagte großh. badische Gebäudeversicherungsanstalt richterlich anerkannt, und die Brandkasse für schuldig erklärt werde, ihm s. Z. die Brandentschädigung nach Maßgabe des Feuerversicherungsgesetzes zu bezahlen. Nach dem weitern Vortrage des Klägers verweigert ihm aber die Beklagte jede Brandentschädigung, weil sie behauptet, daß das abgebrannte Haus nicht sein Eigenthum, sondern Eigenthum der Ferdinand Happler'schen Eheleute zu Kappel gewesen sei, und diese das Entstehen des Feuers selbst verursacht haben.

Unter Berufung auf §. 48 des Gesetzes vom 29. März 1852 und auf den Grund davon, daß hiernach die großh. Regierung des Seekreises bereits unterm 30. Juli 1850 entschieden habe, es sei die Feuerversicherungsanstalt nicht verbunden, den Happler'schen Eheleuten eine Brandentschädigung für ihr abgebranntes Haus zu bezahlen, hat die Beklagte der Klage die Einrede der Unzuständigkeit des Gerichts entgegen gesetzt.

Diese Einrede ist jedoch ungegründet.

Der erwähnte §. 48 bestimmt zwar, daß richterliches Verfahren und Erkenntniß über die Brandentschädigung mit Ausnahme des Falles in §. 5 Abs. 3 gegenüber der Anstalt nicht statt finde; auch ist dieser Ausnahmsfall hier nicht vorhanden. Allein jene Bestimmung wegen der Unzuständigkeit der Gerichte bezieht sich natürlich nur auf die im Gesetz selbst enthaltenen Fälle, nämlich auf die Frage, ob und welche Brandentschädigung dem Eigenthümer des beschädigten Gebäudes nach Vorschrift des Gesetzes zu zahlen sei. Um diese Frage handelt es sich aber im vorliegenden Falle zunächst nicht, sondern der Gegenstand des Streites besteht in der Vorfrage, ob der Kläger oder die Happler'schen Eheleute Eigenthümer des zerstörten Gebäudes gewesen seien. Diese Eigenthumsfrage, obgleich sie für die Frage in Betreff der zu zahlenden Brandentschädigung präjudiciell ist, gehört aber nach §. 1 der P.O. unzweifelhaft vor die Gerichte, und ist durch den allegirten §. 48 des Gesetzes vom 29. März 1852 ihrer Zuständigkeit nicht entzogen.

Großh. Ministerium des Innern erhob bei großh. Staatsministerium einen Competenzconflikt, auf den Grund des §. 48 Abs. 3 des Feuerversicherungsgesetzes vom 29. März 1852. Von großh. Staatsministerium wurde auch am 4. Juli d. J. das hofgerichtliche Urtheil und das in Folge dessen weiter eingeleitete gerichtliche Verfahren wegen Mangels der Zuständigkeit des Gerichts aufgehoben. Die Entscheidungsgründe lauten:

Nach dem Inhalte der von Israel Bernheim gegen

die großh. Generalbrandkasse erhobenen Klage und des Klagbegehrens, welches wörtlich besagt:

„Es sei der Kläger berechtigt, für das in der „Nacht vom 13.—14. April abgebrannte, im Winkel „oder am äußersten Ende des Dorfes Obereschach „gelegene Haus eine Brandentschädigung in dem „durch die Abschätzungscommission festgesetzten Be-„trag von 1710 fl. anzusprechen, und es sei die „Beklagte schuldig, ihm solche nach Maßgabe des „Feuerversicherungsgesetzes von 1840 auszuzahlen „und die Kosten dieses Streites zu tragen."

kann es keinem Zweifel unterliegen, daß es sich in dem deßfallsigen Streite lediglich nur um die Verbindlichkeit der Generalbrandkasse zur Bezahlung der Brandentschädigung für das in der Nacht vom 13.—14. April 1848 in Obereschach abgebrannte Haus handelt.

Das Klagbegehren ist ausdrücklich und nur allein darauf gerichtet, die Generalbrandkasse zur Bezahlung der geforderten Entschädigungssumme von 1710 fl. an den Kläger zu verurtheilen.

Daß aber diese Verurtheilung nicht von den Gerichten ausgesprochen werden kann, dieß ergibt sich klar aus der Bestimmung des §. 48 Abs. 3 des Gesetzes vom 29. März 1852, Reg.-Bl. Nr. XIV., wornach richterliches Verfahren und Erkenntniß über die Brandentschädigung mit Ausnahme des Falles im §. 5 Abs. 3 (welcher hier unbestrittenermassen nicht vorliegt), gegenüber der Anstalt nicht statt findet.

Der Umstand, daß der Kläger Bernheim seinen Entschädigungsanspruch zunächst auf die Behauptung gründet, daß er der rechtmäßige Eigenthümer des abgebrannten Gebäudes seie, ist in Bezug auf die Competenzfrage ohne alle Erheblichkeit. — Denn diese Behauptung enthält nichts weiteres, als die zur eigentlichen Klagbegründung gehörige Legimation zur Sache von Seite des Klägers, d. i. die Anführung der Thatsache, aus welcher hervorgehen soll, daß er es ist, dem der erhobene Entschädigungsanspruch zusteht, §. 84 der P.O., worüber, wenn solches bestritten wird, nach der Natur der Sache und dem Zweck des Gesetzes die Beurtheilung und das Erkenntniß nur allein derjenigen Behörde zukommt, welche über den Entschädigungsanspruch selbst zu erkennen hat.

Wenn nämlich die Absicht des Gesetzes die ist, die richterliche Competenz über die Frage, ob und welche Entschädigung für Brandschaden zu leisten sei, gegenüber der Generalbrandkasse überhaupt auszuschließen und die Entscheidung darüber der Verwaltungsbehörde zuzuweisen, so wäre es zweckwidrig, den Gerichten eine Einmischung oder Einwirkung in das Entscheidungsrecht dieser zuständigen Behörde in der Art einzuräumen, daß diese durch irgend einen richterlichen Ausspruch in der freien Beurtheilung und Ausübung ihres Richteramtes gebunden sein sollte.

Für eine und dieselbe Sache kann es nur einen Richter geben, und dieser ist es allein, welcher über alle thatsächlichen Verhältnisse, welche für und wider auf den Streitgegenstand sich beziehen, zu urtheilen hat. Die Auffassung des Hofgerichts beruht offenbar auf einer unrichtigen Unterstellung dessen, was eigentlich Streitgegenstand ist, worauf es hier allein ankommt.

Das Hofgericht bezeichnet als solchen nicht nur die Frage: „ob und welche Brandentschädigung dem Eigen-„thümer des abgebrannten Gebäudes nach Vorschrift des „Gesetzes gebühre" — sondern auch die Vorfrage: „ob „der Kläger oder die Happler'schen Eheleute Eigenthü-„mer des zerstörten Gebäudes gewesen seien."

Eine Trennung dieser beiden Fragen ist aber schon aus dem einfachen Grunde unstatthaft, weil es sich hier durchaus nicht um einen Streit zwischen dem Kläger und den Happler'schen Eheleuten über das Eigenthumsrecht an dem fraglichen Gebäude handelt, und ein solcher Streit auch gar nicht zwischen dem Kläger und der Generalbrandkasse, sondern nur zwischen dem Kläger und den gedachten Happler'schen Eheleuten rechtlich ausgetragen werden könnte.

Die Happler'schen Eheleute erscheinen hier in keiner Weise als Parthie, so daß es im Grunde an der rechtlichen Möglichkeit fehlt, darüber eine besondere richterliche Entscheidung zu geben: ob das Eigenthumsrecht an dem abgebrannten Hause dem Kläger oder den erwähnten Eheleuten zustehe.

Denn wollte das Gericht dem Kläger das Eigenthumsrecht zusprechen, so würde dieser Ausspruch erfolgen, ohne daß den Happler'schen Eheleuten das rechtliche Gehör gestattet worden wäre.

Umgekehrt dagegen, wenn das Eigenthum den Happler'schen Eheleuten zuerkannt werden wollte, würde diesen etwas zugesprochen werden, was sie gar nicht verlangt haben.

Anderst wäre es allerdings, wenn aus irgend einem

privatrechtlichen Grunde zwischen dem Kläger und den Happler'schen Eheleuten ein Rechtsstreit über das Eigenthumsrecht an dem fraglichen Haus gerichtlich anhängig gemacht worden wäre.

In diesem Falle würde dann allerdings die gerichtliche Entscheidung über das Eigenthumsrecht präjudiciell für die Entscheidung über die Brandentschädigung sein.

Dieser Fall liegt aber hier nicht vor, da es sich, wie schon erwähnt, nur um den Brandentschädigungsanspruch des Klägers gegenüber der Generalbrandkasse und nicht um einen Eigenthumsstreit über das Haus zwischen dem Kläger und den Happler'schen Eheleuten handelt.

Hgr.

II.

Unterliegen Ehefrauen, welche mit ihrem Manne in Gütergemeinschaft leben, und gegen dessen Gläubiger in einer durch §. 465 St.G.B. verbotenen Weise betrügerisch zu Werke gegangen sind, der durch dieses Gesetz gedrohten Strafe?

L.R.S. 2066. §. 465. St.G.B. E.G. §. 2.
Annalen der badischen Gerichte XIX. S. 191.

Wilhelm Schenkel von Staufenberg lebt mit seiner Ehefrau in Gütergemeinschaft. Er war in Vermögenszerfall gerathen, und Hilfsvollstreckung war mehrfach gegen ihn ausgesprochen worden. Um der drohenden Fahrnißpfändung zu entgehen, verbrachte er gemeinschaftlich mit seiner Ehefrau seine werthvollsten Habseligkeiten in das Haus einer Verwandten. Die Verschleppung wurde jedoch entdeckt, Wilhelm Schenkel des Betrugs zum Nachtheile seiner Gläubiger, dessen Ehefrau der Beihilfe zu diesem Verbrechen für schuldig erklärt, und gegen beide deßhalb Gefängnißstrafe erkannt.

Beide rekurrirten an den höchsten Gerichtshof, der Anwalt der Schenkel'schen Ehefrau versuchte es dem Rekurs seiner Clientin dadurch aufzuhelfen, daß er unter Hinweisung auf die oberhofgerichtliche Entscheidung in Annalen XIX. S. 191 die Befreiung der in Gütergemeinschaft lebenden Ehefrauen von persönlichen Verhaft, wegen betrügerischer Handlungen gegen die Gläubiger ihres Ehemannes aus der gesetzlichen Bestimmung des L.R.S. 2066 herzuleiten sich bemühte.*) Der höchste Gerichtshof bestätigte das hofgerichtliche Urtheil. Die Entscheidungsgründe sagen hierüber: „Der Einwand, daß „nach L.R.S. 2066 die W. Schenkel'sche Ehefrau einer „Strafe nicht unterliege, verdient von der Frage „der Anwendbarkeit dieser Bestimmung „des bürgerlichen Gesetzbuchs auf das „Strafrecht, abgesehen, schon darum keine Berücksichtigung, weil hier keine Rechtsgeschäfte, „sondern nur Handlungen in Frage sind, die ohne alle „Form eines Rechtsgeschäfts eine strafbare That, die „Beeinträchtigung der Gläubiger zum Zwecke hatten."

Diese Entscheidungen sind, was den hier gegebenen Fall anbelangt, offenbar richtig. Denn die Hintergehungen des Abs. 4 des L.R.S. 2066 sind anderer Art, als die in Frage liegenden Verschleppungen. Der Urtext sagt ausdrücklich: „Les femmes, qui étant en communauté se seraient obligées conjointement ou solidairement avec leur mari, ne pourront être reputées stellionataires à raison de ses contrâts," und das Landrecht sagt: Ehefrauen, die mit ihrem Manne ein Rechtsgeschäft eingehen, sollen in Hinsicht dieser Rechtsgeschäfte u. s. w.

Hier ist daher ausgesprochen, daß in Gütergemeinschaft lebende Frauen wegen Hintergehung von dem persönlichen Verhaft nur dann frei sind, wenn sie und ihr Mann Verträge zur Benachtheilung ihrer Gläubiger eingegangen haben.

Der höchste Gerichtshof hat indessen bei seiner Entscheidung „von der Frage der Anwendbarkeit der Bestimmung des bürgerlichen Strafgesetzbuches auf das Strafgesetz abgesehen." Mir scheint, daß dieses nicht nothwendig war; und daß gerade die Nichtanwendbarkeit dieser Bestimmung auf das Strafgesetz den Hauptgrund für die Bestätigung des hofgerichtlichen Urtheils hätte abgeben sollen, wie von Seiten des Vertreters der Staatsbehörde in der Rekursvernehmlassung darzuthun versucht wurde. Die Hintergehungen der Gläubiger durch ihre Schuldner und deren Ehefrauen erscheinen in so vielfacher Form, daß eine Erörterung des Prinzips hier wohl am Platze ist.

Mögen Verschleppungen, einseitige Handlungen, oder

*) Von dieser Ansicht ist der höchste Gerichtshof — wir schon früher (Annalen XIX. 271) bemerkt wurde — wieder abgegangen.
D. R.

Rechtsgeschäfte, Verträge die Hintergehung des Gläubigers bedingen, immerhin, so scheint es mir, kann L.R.S. 2066 die durch das Strafgesetzbuch angedrohte Ahndung von der betrügerisch handelnden Ehefrau nicht abwenden. Denn dieser Satz gehört dem 16. Titel des III. Buches des Landrechts: „von dem persönlichen Verhafte wegen „bürgerlicher Verbindlichkeiten" an. Der Zweck dieses ganzen Instituts des persönlichen Verhafts ist nicht Bestrafung, auch da nicht, wo er wegen Hintergehung (Stellionat) zugelassen wird, sondern Vollzug eines Civilurtheils, eine Art der Hilfsvollstreckung. Dieß geht unwidersprechlich hervor aus den L.R.S. 2067 — 2070, insbesondere aus 2069. Vergl. auch §. 1044 P.O.

Zachariä französisches Civilrecht Bd. III. §. 584.
Brauer Erläuterungen Bd. IV. S. 75.

Der Zweck dieses Instituts geht daher lediglich dahin, dem Gläubiger zu seiner Forderung, dem Beschädigten zu seiner Entschädigung zu verhelfen.

Wenn nun der Gesetzgeber gegen einzelne Personen und wegen einzelner Forderungen, in Beziehung auf welche die Hilfsvollstreckung durch persönlichen Verhaft gewöhnlich zulässig erscheint, diese Art der Zwanghhilfe untersagt, so hat dieses mit der Frage, ob die Handlung, durch welche eine mittelst persönlichen Verhafts nicht beibringliche Forderung entsteht, strafbar ist oder nicht, auch gar nichts gemein. Rücksichten des bürgerlichen Rechtes sind es, welche diese besondere Art der Hilfsvollstreckung im einzelnen Falle als zulässig und zweckmäßig erscheinen lassen, im andern nicht.

Die Rücksicht nun, warum gegen Ehefrauen, welche nur ausnahmsweise wegen Hintergehung (Abs. 3 des Satzes 2066) mit dem persönlichen Verhafte belegt werden können, dann, wenn sie in Gütergemeinschaft leben, von dieser Vollstreckungsart nach Abs. 4 des L.R.S. 2066 nicht getroffen werden sollen, liegt sehr nahe.

In Gütergemeinschaft lebende Ehefrauen erwerben durch ihre Handlungen nicht für sich, sondern für die Gütergemeinschaft. So lange diese nicht getrennt ist, ist es das Vermögen des Mannes, welches durch solche Handlungen bereichert, von welchem dadurch Schaden abgewendet wird; denn er ist der Herr und der Verwalter der Gemeinschaft, in welche alle während der Ehe erworbene fahrende Habe, oder errungene Liegenschaft fällt. L.R.S. 1401. 1421; — und aus seinem Vermögen werden selbst im Falle der Unzulänglichkeit der Gemeinschaftsmasse die Gemeinschaftsschulden beigetrieben. L.R.S. 1484, die Frau aber hat wegen Schulden, die sie mit ihrem Manne, und für ihn gemacht hat, sogar ein stillschweigendes Unterpfandsrecht an dessen eigenem Vermögen. L.R.S. 2135. Wenn sich daher eine Frau gemeinschaftlich oder auch sammtverbindlich mit ihrem Manne in Rechtsgeschäfte einläßt, durch welche ihr gemeinschaftlicher, oder ihres Mannes Gläubiger hintergangen wird, so erwächst aus dieser Hintergehung, so lange die Ehe besteht, nicht der Frau, sondern vorab dem Manne ein Vermögensvortheil. Wenn nun der Hintergangene zu seiner Entschädigung ein Urtheil erwirkt, so ist es billig, daß gegen die Frau, welche ja auch sonst mit der Hilfsvollstreckung des persönlichen Verhafts, zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten nicht gezwungen werden kann, nicht ausnahmsweise (Abs. 1 des L.R.S. 2066) diese Vollstreckungsart erkannt wird. Denn sie hat die Hintergehung nicht zu ihrem, sondern zum Besten der ihrem Manne während der Ehe zugehörenden Gemeinschaft begangen. Dieser ist es daher auch, gegen welchen diese strenge Art der Hilfsvollstreckung allein am Platze ist.

Steht es nun, wie oben gezeigt wurde, fest, daß der persönliche Verhaft des 16. Titels des III. Buches des Landrechts nicht eine Strafe ist, sondern nur eine Art der Hilfsvollstreckung, so erscheint es überhaupt nicht statthaft, darauf bezügliche Vorschriften, welche rein nur für das Civilrecht, und nur für eine einzelne Richtung desselben gegeben sind, auf das neuere Strafrecht, welches ihrer nicht gedenkt, herüberzuziehen. Denn die Zwecke und Gründe des Civil- und Strafrechts sind verschieden. Das Civilrecht sieht den Grund der Androhung des persönlichen Verhaftes in der Forderung, in dem Schaden des Gläubigers. Sein Zweck ist Befriedigung desselben, und nicht mehr. Sobald diese eingetreten ist, hört der Zwang der Hilfsvollstreckung auf.

Der Grund der strafgesetzlichen Bestimmung des §. 465 ist die durch den Betrug hervorgebrachte Lockerung des Vertrauens im Allgemeinen. Der Zweck der Strafe, die Sühne der unrechten gesetzwidrigen That, und die Abhaltung von wiederholter Uebertretung des Strafgesetzes. Deßwegen können auch die civilrechtlichen und strafrechtlichen Androhungen ganz gut neben einander bestehen; sie schließen sich nicht aus. Der betrügerische Schuldner wird von dem Strafrichter auch dann belangt, wenn der Gläubiger durch den persönlichen Verhaft seine Forderung beigetrieben hat. Die Dauer des persönlichen Verhafts wird bei der Ausmessung der Strafe nicht in Anrechnung

gebracht. Denn die erste ist eine zufällige; sie endet mit der Befriedigung des Gläubigers. Ebenso umgekehrt; der Gläubiger kann seinen Schuldner mit dem persönlichen Verhafte zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit zwingen, wenn der Letztere seine von dem Strafrichter ausgesprochene Strafe schon erstanden hat.

Dieß beweist deutlich, daß die Vorschriften des Civilrechts und Strafrechts unabhängig von einander sind. Ist aber dies der Fall, dann kann die durch das Civilrecht ausgesprochene Befreiung einer Person von dem persönlichen Verhafte wegen einer beschädigenden Handlung, sie nicht auch von der durch das Strafgesetzbuch angedrohten Strafe entbinden. Hier entscheidet lediglich das Strafgesetzbuch; und wo dieses von seinen allgemein ausgesprochenen Satzungen keine Ausnahmen macht, da ist auch der Strafrichter nicht berechtigt, solche Ausnahmen zu statuiren.

Ottendorff.

III.

Ein weiterer Beitrag zur Lehre vom Rückfall in den Diebstahl, als Vorbedingung des Thatbestandes eines dritten Diebstahls.

St.G.B. §. 384. 184.

Gregor Degler von Neuweier war vom mittelrheinischen Hofgerichte im Jahr 1849 wegen ersten gemeinen Diebstahls, sodann im Jahr 1853 wegen Diebstahls von dem schweizerischen Bezirksgerichte Frauenfeld bestraft worden, ohne daß im Urtheil bemerkt war, es werde die Strafe wegen Rückfalls in den Diebstahl erkannt. Im Laufe dieses Jahres beging er einen weiteren Diebstahl. Das mittelrheinische Hofgericht erkannte ihn des „2. Rückfalls in das Verbrechen des Diebstahls“ für schuldig, und verurtheilte ihn zu Kreisgefängnißstrafe. Zur Begründung dieses Urtheils war in den Entscheidungsgründen gesagt, daß Degler i. J. 1853, „nicht wegen eines — übrigens im Sinne des §. 184 St.G.B. vorhanden gewesenen — „Rückfall in den Diebstahl, sondern nur wegen eines Diebstahls überhaupt bestraft worden sei, und daß §. 384 des St.G.B. zum Thatbestande des dritten Diebstahls verlange, daß der Dieb nicht blos wegen zweier vorausgegangener Diebstähle bestraft, sondern daß auch der zweite Diebstahl im Urtheile als ein Rückfall bezeichnet, und der Dieb auch in die Rückfallsstrafe verurtheilt, und damit vor den gesetzlichen Folgen eines abermaligen, das schwere, besonders ausgezeichnete Verbrechen des dritten Diebstahls bildenden Rückfalls verwarnt worden sei.

Gegen diese Entscheidung ergriff der Staatsanwalt den Recurs. Das großh. Oberhofgericht erachtete denselben für begründet, und erkannte den Degler des dritten Diebstahls für schuldig. Die Begründung des oberrichterlichen Urtheils, welche in den wesentlichsten Punkten mit der Ausführung des rekurrentischen Staatsanwalts zusammentrifft, besteht in folgenden, gewiß richtigen Sätzen:

Der §. 384 des St.G.B. hat nur die Bedeutung, daß derjenige wegen dritten Diebstahls bestraft werden soll, welcher vorher schon zweimal wegen Diebstahlsverbrechens, und zwar das zweitemal wegen eines Diebstahls, der die Erfordernisse eines Rückfalls im Sinne des §. 184 des St.G.B. hat, verurtheilt worden war, und von diesem letzteren Urtheil durch die Publikation Kenntniß erhalten hatte.

In dem Urtheile wegen des zweiten Diebstahls muß dieser nicht ausdrücklich als Rückfall bezeichnet werden, damit der Dieb wisse, welches große Strafübel ihm bei einem künftigen Rückfall drohe. Eine solche Auslegung wäre im Widerspruche mit dem allgemeinen Grundsatze des §. 73, wornach dem Verbrecher ein Irrthum in Bezug auf Art und Größe der Strafe nie zum Vortheil gereichen soll. Es genügt hiernach, daß die Strafe im Gesetze angedroht ist; einer besonderen Verwarnung vor der That bedarf es nicht. Nach der hofgerichtlichen Auslegung wäre hier eine Ausnahme von diesem Grundsatze vorhanden, denn es könnte die Strafe des dritten Diebstahls nur erkannt werden, wenn der Thäter durch die Formel des zweiten Strafurtheils darauf aufmerksam gemacht worden sei, daß ein weiterer Diebstahl als ein dritter bestraft würde. Das Gesetz würde hier ausnahmsweise neben seiner Androhung eine weitere Androhung durch den Richter vorschreiben. Eine solche Ausnahme von dem §. 73 hat das St.G.B. nicht ausgesprochen.

Die oben gegebene Auslegung des §. 384 St.G.B. entspricht auch den allgemeinen Prinzipien des §. 184 St.G.B. ff. über den Rückfall überhaupt, und steht ferner mit den Bestimmungen des Gesetzes an andern Orten im Einklang wo wie in den §§. 398. 647. 653 des St.G.B. ebenfalls die zweiten Rückfälle in besonderen Arten von Ver-

brechen als „dritte" Verbrechen wegen des fortwirkenden gleichen verbrecherischen Hanges des Thäters, also aus gleichem Grunde ausgezeichnet werden, wie die dritten Diebshandlungen, und wo nirgends die Worte des Gesetzes auf die Nothwendigkeit einer vorausgegangenen Verwarnung hinweisen, obgleich dieselbe Rücksicht auch bei jenen Verbrechen ebenso, wie beim Diebstahlsrückfall zu einer solchen Verwarnung den Gesetzgeber hätte führen müssen.

Die Verurtheilung wegen Rückfalls in den Diebstahl würde, wenn der Gesetzgeber dadurch eine Warnung vor der Strafe des dritten Diebstahls beabsichtigt hätte, dessen Absicht nicht erreichen, weil der Dieb dadurch von der schweren Strafe des dritten Diebstahls nicht einmal Kenntniß erhielte.

Die hofgerichtliche Auslegung des §. 384 St.G.B. würde zu Ergebnissen führen, welche mit einer guten Strafgesetzgebung nicht harmoniren. Denn das Leugnen eines Diebes, daß er schon wegen Diebstahl bestraft sei, würde ihn, beim zufälligen Abmangel eines Beweises, hierüber, bei Erlassung des zweiten Urtheils von der Strafe des dritten Diebstahls befreien, wenn er einen weitern Diebstahl beginge; und ebensowenig könnte Jemand, der im Auslande stielt, wo nicht die Vorschrift besteht, daß der zweite Diebstahl als ein Rückfall in den Diebstahl im Urtheile bezeichnet wird, wegen dritten Diebstahls im Inlande bestraft werden.

„Dieses kann nicht die Meinung des Gesetzgebers „sein. Vielmehr ist es nach dem Prinzip, daß Jeder„mann die Strafgesetze kennen muß, allein konsequent, „daß derjenige, welcher zweimal wegen Diebstahl bestraft „wurde, beim dritten Diebstahl dessen Strafe erleide, gleich„viel in welcher Formel er früher wegen Diebstahl ver„urtheilt worden ist."

Ottendorff.

IV.

Ueber den Thatbestand des Verbrechens des Meineides.

§. 484 St.G.B.

Annalen XIX. S. 46.

In der Lehre von der Verletzung der Eidespflicht ist Vieles bestritten und dadurch auch eine Unsicherheit in der Praxis herbeigeführt worden, deren Nachtheile doppelt fühlbar hervortreten, da einerseits Eidesleistungen in zu großer Ausdehnung gefordert werden, andererseits die Achtung vor der Heiligkeit des Schwurs unleugbar bei nicht Wenigen sehr gesunken ist.

Hiezu haben offenbar auch die Entscheidungen der Gerichte beigetragen, von welchen nicht selten Leichtsinn und Frevel durch die Behauptung von Straflosigkeit begünstiget wurde, wo offenbarer Meineid stattfand, dessen Strafbarkeit geläugnet wurde, indem man das Wesen der Sache der Form zum Opfer brachte und Zweifel da hegte, wo keine vorhanden waren. Wohin sollte es kommen mit Glauben und Vertrauen und der Heiligkeit des eidlich bekräftigten Wortes, wenn wissentlich frevelhafte Verletzung ihre Entschuldigung in zufälligen Aeußerlichkeiten finden dürfte, die nicht wie bei manchen anderen Verbrechensarten, die Vollendung derselben hindern, sondern ungeachtet welcher alles das vorhanden ist, was die hier in Betracht kommende Religiosität, was das Gewissen und der unbefangene Sinn, der das Gesetz richtig würdiget, für eine Verletzung der Eidespflicht erklären muß? Zweckmäßig beschränke die Gesetzgebung die Zulässigkeit des Eides, mit Recht werde es gerügt und bestraft, wenn der Richter ohne Grund Jemand zumuthet zu schwören und dadurch Mißbräuche veranlaßt; aber der Schwörende möge sich nicht darauf berufen und sich berechtiget glauben, falsch zu schwören, um sich, wenn er doch schwört, also nicht den Eid verweigert, sondern davon ausgeht, er sei schuldig zu schwören, von der Verbindlichkeit zu befreien, auch wahr zu schwören — und mit dem Heiligsten ein verwerfliches Spiel zu treiben!

Ohne Zweifel wird das Institut der Geschworenen dazu beitragen, daß künftighin solche Mißstände weniger als bisher vorkommen, was durch nachstehenden Fall bestätiget wird.

Valentin Schellinger von E. setzte am 28. Juni 1852 seine sämmtlichen Liegenschaften in einer öffentlichen Versteigerung zum Verkaufe aus, wobei er sich die Ratification auf die Dauer von 8 Tagen mit dem Beifügen vorbehielt, daß der Steigerer an sein Wort gebunden bleibe, wenn auch ein zweiter Verkaufsversuch vorgenommen werde. Friedrich Bauer ersteigerte hiebei ein Grundstück, ½ Jauchert enthaltend, um 202 fl. Am

18. Juli 1852 zerstörte ein Hagelschlag sämmtliche Früchte auf der Gemarkung E.; also auch die Früchte auf dem von Bauer erkauften Grundstück. Und nun wollte derselbe sein Gebot nicht mehr halten. Schellinger erhob daher eine Klage auf Haltung des Kaufvertrages, indem er behauptete, daß er am 2. Juli 1852 die Ratification zu diesem Vertrage ertheilt habe. Von Bauer wurde in Abrede gestellt, daß Schellinger am 2. Juli 1852 oder überhaupt je den Kauf genehmigt habe. Schellinger trat den ihm auferlegten Beweis durch Zuschiebung des Haupteides in der Formel an, Bauer solle schwören: „Es ist nicht wahr, daß Kläger ihm selbst am 2. Juli 1852 erklärt habe, daß er die im Kaufvertrage vom 28. Juni vorbehaltene Genehmigung zu diesem Vertrage hiemit ertheile." Nachdem Bauer denselben angenommen hatte, wurde vom Gericht auf diesen Eid erkannt und solcher von Bauer geschworen. Alsbald machte Schellinger die Anzeige, daß Bauer wissentlich falsch geschworen habe, indem er behauptete, daß er nicht nur selbst am 2. Juli 1852 die Ratification ertheilt habe, sondern dies auch dem Bauer durch den Polizeidiener habe sagen lassen. In der hierauf eingeleiteten Untersuchung wurde hergestellt, daß Schellinger am 2. Juli durch den Polizeidiener dem Bauer die geschehene Ratification eröffnen ließ. Und wie durch eine in der Verhandlung von einem Geschworenen gestellte Erläuterungsfrage constatirt wurde, so ist es in E. ortsüblich, daß alle Ratificationen durch den Polizeidiener eröffnet werden, und daß solche Eröffnungen so angesehen werden, als wären sie durch den Verkäufer selbst geschehen. Außerdem hatte Schellinger am 4. Juli 1852 dem Bauer persönlich eröffnet, der Kauf sei und bleibe ratificirt. Und an demselben Tage sprach Bauer vor mehreren Personen seine Freude darüber aus, daß der Kauf ratificirt sei. Erst am 18. Juli änderte er seine Gesinnung, indem, wie erwähnt, ein Hagelschlag sämmtliche Früchte auf dem Halme zerstört hatte. In der Untersuchung behauptete Bauer, daß er den ihm auferlegten Eid mit gutem Gewissen habe schwören können; da Schellinger am 2. Juli nicht ihm selbst die Ratification eröffnet habe, sondern dies durch den Polizeidiener geschehen sei, welche letztere Thatsache nicht zum Beweis und nicht zum Beschwören ausgesetzt gewesen sei. Von dem Amt wurde auch die Genehmigung zur Einstellung der Untersuchung beantragt, welche jedoch von der Staatsbehörde verweigert wurde. In der mündlichen Verhandlung führte dann die Staatsbehörde aus, daß ein Meineid vorliege, da hier das Datum der geschehenen Ratification ganz unerheblich sei, und es einzig und allein darauf ankomme, ob innerhalb der vorbehaltenen Frist von 8 Tagen die Ratification von Schellinger ertheilt und dem Bauer eröffnet worden sei, was hier erwiesenermaaßen geschehen ist. Die Geschworenen traten der Ansicht und Ausführung der Staatsbehörde bei, indem sie die an sie gestellte Frage, ob der Angeklagte den Eid wissentlich falsch geschworen habe, bejahten*), worauf in Anwendung der §§. 484. 503. 508 St.G.B. der Schwurgerichtshof den Angeklagten des Meineids für schuldig erklärte und deßhalb in eine Zuchthausstrafe von 1½ Jahren oder 1 Jahr Einzelhaft und in eine Geldstrafe von 50 fl. verurtheilte und ihn zum Eid und zum gerichtlichen Zeugnisse für unfähig erklärte.

Dieser Rechtsfall dürfte zugleich auch als Mahnung an die Untergerichte dienen, bei Bestimmung der Eidesformel mit mehr Vorsicht und Umsicht zu Werke zu gehen.

Haager.

V.

1) Ein Befreiungs- oder Unfähigkeitsgrund eines Geschworenen kann nach erfolgter Loosziehung beim Hofgericht nicht mehr geltend gemacht werden.
2) Der Mangel des gesetzlichen Alters macht zur Ausübung des Amtes eines Geschworenen unfähig.

§. 49. 63. 64. des Gesetzes vom 5. Febr. 1851.

Weinhändler Albert Dufner von Vöhrenbach war als Hauptgeschworener gezogen und in die Sitzung vorgeladen. Er reichte bei dem Hofgericht des Seekreises eine Bitte um Befreiung vom Erscheinen in der Schwurgerichtssitzung ein und begründete dieselbe mit der durch ein pfarramtliches Zeugniß erwiesenen Behauptung, daß er noch nicht 29 Jahre alt sei, somit das gesetzliche Alter, welches zum Ehrendienst eines Geschworenen befähige, noch nicht erreicht habe. Bei dem Hofgericht war man darüber im Reinen, daß der Mangel des in §. 49 des allegirten Gesetzes bestimmten Alters ein Unfähig-

*) Dieser Wahrspruch ist ein glänzender Beweis von dem gesunden Sinne der Geschworenen. D. R.

keitsgrund sei. Allein darüber herrschte eine Meinungsverschiedenheit, ob hierüber von dem Hofgericht oder von dem Schwurgerichtshof nach Eröffnung der Sitzung erkannt werden könne. Auf der einen Seite wurde behauptet, daß nach §. 59 ff. die Befreiungsgründe bei dem Hofgericht nur so lange geltend gemacht werden können, als die Loosziehung nicht statt gefunden habe, daß aber nach geschehener Loosziehung hierüber nur der Schwurgerichtshof in der Schwurgerichtssitzung selbst entscheiden dürfe. Auf der anderen Seite wurde bemerkt, daß dieses in dem Gesetze nirgends ausdrücklich bestimmt sei, daß dagegen dafür, daß das Hofgericht vor Eröffnung der Schwurgerichtssitzung über die eingekommenen Befreiungsgesuche entscheide, schon das Gesetz der Zweckmäßigkeit spreche, indem durch die gegentheilige Ansicht unnöthige Kosten veranlaßt würden. Die Majorität trat jedoch der ersteren Ansicht bei und es wurde von dem Hofgericht des Seekreises auf die Bitte des Weinhändler Dufner

in Erwägung, daß Weinhändler Dufner, als dem Alter nach zu dem Amte eines Geschworenen befähigt, in die amtliche Bezirksliste aufgenommen worden ist, und folglich auch in die Kreisliste aufgenommen werden mußte;

in Erwägung, daß derselbe den jetzt angezeigten Unfähigkeitsgrund des mangelnden Alters nach der Verkündung der Kreisliste in dem Kreisanzeigeblatt beim großh. Hofgerichte bis zur Loosziehung nicht geltend gemacht hat,

in Anbetracht, daß nach der Loosziehung nach §. 63 des Gesetzes vom 5. Febr. 1851 eine Befreiung auf den §. 64 und ebenso auf den §. 49 desselben Gesetzes beim großh. Hofgericht nicht mehr geltend gemacht werden kann; — verfügt, daß das Gesuch des als Geschworener zur nächsten Schwurgerichtssitzung durch das Loos gezogenen und vorgeladenen Weinhändlers Dufner um Befreiung vom Erscheinen in der nächsten Schwurgerichtssitzung auf den Grund des §. 49 des Gesetzes vom 5. Februar 1851 als hier beim großh. Hofgericht nicht stattfindend, zurückgewiesen werde.

In Folge dessen erschien Weinhändler Dufner in der Schwurgerichtssitzung, in welcher der Schwurgerichtspräsident beim Beginne eröffnete, daß nach einer beim großh. Hofgerichte gemachten Anzeige, der als Hauptgeschworener gezogene Weinhändler Dufner das dreißigste Jahr noch nicht erreicht habe. Derselbe zur Erklärung hierüber aufgefordert, übergab sofort einen Auszug aus dem Taufbuche, wodurch die Anzeige bestätigt war. Die Staatsbehörde stellte alsdann den Antrag, den Weinhändler Dufner auf den Grund des §. 49 des Gesetzes vom 5. Februar 1851 wegen mangelnden Alters als zur Ausübung des Amtes eines Geschworenen unfähig zu erklären, welchem Antrage der Schwurgerichtshof entsprach, worauf Dufner entlassen wurde und an den Sitzungen keinen weiteren Antheil nahm.

In Frankreich hat auch der Cassationshof in einem arrêt vom 26. Dezbr. 1833 die Ansicht aufgestellt, daß das fehlende Alter eines Geschworenen ein Grund der Nichtigkeit sei. Vergl. Mittermaier im Gerichtssaal von Jagemann Jahrg. II. Bd. I. S. 499.

Haager.

VI.

Auf ein falsches eidliches Zeugniß in einem Ehescheidungsprozesse findet nicht der §. 486, sondern der §. 487 St.G.B. Anwendung.

In einem Ehescheidungsprozesse hatte sich die klagende Ehefrau zum Beweise der von ihr gegen ihren Mann vorgebrachten Beschuldigungen von groben Verunglimpfungen und Mißhandlungen auf ihre Dienstmagd Balbina Waldvogel berufen. Diese versicherte eidlich von solchen Verunglimpfungen und Mißhandlungen nichts gehört und gesehen zu haben, während von anderen Zeugen bestätiget wurde, daß sie nicht nur bei den fraglichen Vorfällen anwesend gewesen sei, sondern ihnen auch später hierüber selbst Mittheilungen gemacht habe. Sie ward deßhalb wegen falschen eidlichen Zeugnisses in Untersuchung gezogen und das Amt legte, von der Ansicht ausgehend, daß hier der §. 486 St.G.B. Anwendung finde, die Akten der Staatsbehörde zur Stellung der Anträge bei der Anklagekammer vor. Die Staatsbehörde stellte jedoch in Erwägung, daß nach Art. 11 des zweiten Einführungs-Edikts vom 22. Dezbr. 1809 in Ehestreitigkeiten nicht das Verfahren wie bei bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, sondern „mündliches Verfahren nach Art des Beschuldigungsprozesses in Untersuchungssachen“ statt findet *), daher bei einem falschen eidlichen Zeugnisse in einem Ehescheidungsprozesse nicht der §. 486, sondern der §. 487 St.G.B. zur Anwendung kommt, daß aber hier die Balbina Waldvogel zu Gunsten des beschuldigten Ehemannes ausgesagt hat, und nicht bewiesen ist, daß ihr dafür ein Lohn versprochen oder gegeben war — bei der Anklagekammer am Hofgericht des Seekreises den Antrag, auszusprechen, daß diese Sache vom Hofgerichte zu erledigen sei; wornach auch von der Anklagekammer erkannt wurde.

Haager.

*) Auch nach §. 24 des Gesetzes über die Gerichtsverfassung findet bei Ehestreitigkeiten dasselbe Verfahren wie in Strafsachen statt. D. E.

Berichtigung.

In No. 31 S. 218 Z. 19 von oben ist „Cursowerth“ statt „Auswerth“ und in No. 33 S. 264 Z. 13 von unten ist „Einreihung“ statt „Einreichung“ zu lesen.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXI. No. 35. Mannheim, 26. August 1854.

I.

Entscheidungen in Wechselsachen.
(Aus dem Archiv für deutsches Wechselrecht.)

II.

1) **Die Ausfertigung der Protesturkunde muß die richtige Abschrift der Indossamente enthalten; der Eintrag in dem Protestregister allein genügt nicht zur Erhaltung des Wechselregresses.**

Der Graf W. von A. hatte unter dem 4. Februar 1853 einen 3 Monate à dato fälligen, bei L. in Berlin domicilirten Wechsel über 100 Thlr. auf den Graf A. von A. in W. gezogen, welcher denselben acceptirt haben soll. Der Wechsel ist nach verschiedenen Indossamenten an den Kläger girirt und unterm 4. Mai 1853 Mangels Zahlung gegen L. in Berlin protestirt worden. In der vom Notar ausgefertigten Protesturkunde ist das erste Indossament, welches nach dem Wechsel lautet:

„für mich an die Ordre der Frau Gräfin von A."
folgendermaßen abgeschrieben:

„für mich an die Ordre des Herrn Grafen von A."

Der Kläger hat den Aussteller Graf W. von A. und den Acceptanten Graf von A. solidarisch auf Höhe der verschriebenen Summe nebst Zinsen und Kosten in Anspruch genommen. Der Graf A. von A. hat das Accept nicht diffitiren können, und der Graf W. von A. ist im Klagebeantwortungstermine nicht erschienen, und wurden deßhalb beide Verklagte nach dem Klageantrage verurtheilt.

Beide Beklagte haben gegen diese Entscheidung appellirt und behaupten, daß

> bei der Abweichung des Protestes vom Wechsel beim ersten Indossament der Protest nicht als gültig betrachtet werden könne, und daß, weil die rechtzeitige Aufnahme des Protestes beim Domicilirten L. versäumt sei, der Wechselanspruch gegen sie nach Art. 43 der deutschen Wechselordnung verloren sei.

Außerdem behauptet der Aussteller, Graf W. von A., daß er zur Zeit der Ausstellung des Wechsels noch unter der Gewalt seines Vaters, des mitverklagten Acceptanten Grafen A. von A. gestanden habe und noch stehe, und daher nicht wechselfähig sei. Er überläßt es dem Kläger, nachzuweisen, daß er aus der väterlichen Gewalt bereits herausgegangen sei. Beide Verklagte beantragen: das erste Erkenntniß ihrer Beschwerde gemäß zu reformiren. Kläger bestreitet diese Anführungen der Verklagten und hält sie für unerheblich. Er findet in der Acceptation des vom Sohne ausgestellten Wechsels durch den Vater eine Genehmigung der Ausstellung des Wechsels. Er bemerkt, daß er seinem Mandatar ausdrücklich aufgegeben habe, die Klage gegen den Grafen W. von A. zurückzunehmen.

Außerdem hat er dem Notar M., welcher den Protest vom 4. Mai 1853 aufgenommen hat, litem denuncirt, und ist dessen Vorladung erfolgt.

Der Litisdenunciat hat seine Regreßverbindlichkeit nicht anerkannt, sich jedoch bereit erklärt, dem Kläger zu assistiren. Er bestreitet die Anführungen in der Appellationsrechtfertigung und producirt das Wechselprotestregister, in welchem auch das erste Giro richtig copirt ist. Er ist der Ansicht, daß die Protestregister und die darin erfolgten Eintragungen denselben öffentlichen Glauben wie die Protestausfertigungen haben, und daß jede bei einer Protestausfertigung vorgekommene Ungenauigkeit oder Differenz mit der Eintragung im Register nach Maßgabe des Inhalts der letzteren durch den instrumentirenden Notar, ebenso wie jedes andere bei Ausfertigung einer notariellen Verhandlung vorgekommene im Originalprotokolle nicht vorhandene Versehen, rectificirt werden könne.

Indem er sich zu dieser Berichtigung der Protestausfertigung erbietet, erachtet er die gerügte Differenz um somehr für unerheblich, als sie nur auf einem Schreibfehler beruhe.

Er hebt ferner hervor, daß die Verklagten die Identität des eingeklagten Wechsels mit dem in der Protesturkunde erwähnten nicht angefochten und bestritten haben und sucht auszuführen, daß der Protest mit Rücksicht hierauf gültig sei. Endlich behauptet er, daß bei Ausstellung des Wechsels durch den Grafen W. von A. und selbst bei der Acceptation durch den Grafen A. v. A. der Domicilvormerk „zahlbar bei L. in Berlin" noch nicht auf dem Wechsel gestanden habe, auch von dem Verklagten selbst nicht darauf gesetzt sei. Er folgert hieraus, daß der Wechsel gar nicht als Domicilwechsel zu beachten sei, und daß es deßhalb der Aufnahme eines Protestes auch nicht bedurft habe, mithin auf die Rechtsbeständigkeit des Protestes nichts ankomme. Im Uebrigen den An- und Ausführungen beitretend, beantragt er:

Bestätigung des ersten Erkenntnisses.

Die Verklagten haben anerkannt, daß in dem Protestregister der Wechsel mit den Indossamenten richtig abgeschrieben ist. Sie halten diesen Umstand jedoch für unerheblich und widersprechen den An- und Ausführungen des Litisdenunciaten.

Das Kammergericht erkannte hierauf, daß es in Betreff der Litisdenunciation zu belassen und dem Kläger der Regreß in separato vorzubehalten, in der Sache selbst aber das erste Erkenntniß abzuändern und Kläger mit der erhobenen Wechselklage gegen beide Verklagte abzuweisen sei, und zwar aus folgenden Gründen:

„Wie der Augenschein ergibt, liegt ein Domicilwechsel mit Benennung eines besondern Domiciliaten vor. Wann der Domicilvormerk auf den Wechsel gesetzt worden, erscheint gleichgültig, sofern nicht behauptet wird, daß dieser Vormerk wider Wissen und Willen der Wechselinteressenten auf den Wechsel gesetzt ist. Eine solche Behauptung ist nicht aufgestellt. Jedenfalls hat sich der Domicilvormerk schon zur Zeit der Protestaufnahme auf dem Wechsel befunden, und auch zur Zeit der Anstellung der Klage. Der Wechsel muß daher nach den Vorschriften über Domicilwechsel mit Benennung eines Domiciliaten beurtheilt werden. Nach Art. 43 und 44 der deutschen Wechselordnung geht der wechselmäßige Anspruch gegen den Aussteller, die Indossanten und den Acceptanten verloren, wenn die rechtzeitige Protesterhebung beim Domiciliaten verabsäumt wird. Als Protest gilt nicht die Eintragung in das Protestregister, sondern die unter Siegel und Unterschrift des mit der Protestaufnahme befaßt gewesenen Beamten ertheilte Urkunde. Dieß ergibt sich aus den Bestimmungen der Art. 88 und 90 der deutschen Wechselordnung. Nachdem nämlich im Art. 88 die wesentlichen Bestandtheile des Protestes angegeben sind, ordnet der Art. 90 an, daß die aufgenommenen Proteste nach deren ganzen Inhalte Tag für Tag und nach der Ordnung des Datums in ein besonderes Register eingetragen werden sollen. Das Protestregister kann daher den Protest nicht selbst vertreten, und es kommt im vorliegenden Falle nicht darauf an, daß in dem Protestregister eine richtige Abschrift des Wechsels und der darauf befindlichen Indossamente enthalten ist. Entscheidend ist der unter Siegel und Unterschrift ertheilte Protest. Diesem fehlt ein wesentliches Requisit. Er enthält keine wörtliche Abschrift des auf dem eingeklagten Wechsel befindlichen Indossaments vom 3. Februar 1853 und kann daher nicht als gültiger Protest angesehen werden. Bei der ausdrücklichen Vorschrift des Art. 88, daß der Protest eine wörtliche Abschrift des Wechsels und der Copie und aller darauf befindlichen Indossamente und Bemerkungen enthalten muß, kommt auch nichts darauf an, ob der Protest sich dessen ungeachtet auf den eingeklagten Wechsel bezieht, und ob die Identität des Wechsels nicht bezweifelt werden kann. Denn der Art. 88 schreibt die wesentlichen Bestandtheile eines Protestes vor, und es folgt daraus von selbst, daß von einem gültigen Proteste da die Rede nicht sein kann, wo es an einem wesentlichen Requisite fehlt, wenn gleich diesem fehlerhaften Proteste der eingeklagte Wechsel zu Grunde liegt."

„Hiernach muß angenommen werden, daß die Aufnahme eines gültigen Protestes bei dem Domiciliaten verabsäumt ist, und daraus folgt nach Art. 43 und 44 der deutschen Wechselordnung, daß Kläger seinen Wechselanspruch an die Verklagten verloren hat."

„Es rechtfertigt sich sonach die Abänderung des ersten Erkenntnisses und die Abweisung des Klägers mit der Wechselklage gegen beide Verklagten, wenn gleich der Einwand des Mitverklagten, Graf W. von A., daß er noch unter väterlicher Gewalt stehe, und daher nicht wechselfähig sei, im vorliegenden Fall nicht für durchgreifend erachtet werden kann, weil sein Vater durch Acceptation des von ihm ausgestellten Wechsels seine Genehmigung ausgesprochen hat."

Auf die von dem Kläger und von dem Litisdenun-

ciaten, Notar M., gegen diese Entscheidung eingelegte Revision hat das Obertribunal zu Berlin unterm 22. November 1853 das Oberappellationserkenntniß bestätigt und ausgeführt:

„Der Wechsel vom 4. Februar 1853 in der Form, wie er zur Zeit des Protestes war und wie er jetzt vorliegt, ist ein Domicilwechsel. Aus der streng formalen Natur des Wechsels folgt, daß die richterliche Beurtheilung der Eigenschaften desselben nur aus der Form geschöpft werden kann, welche das Wechselpapier äußerlich darstellt. Einen Beweis gegen die Wechselurkunde und zwar dahin zu führen, daß der sich jetzt als ein domicilirter darstellende Wechsel ursprünglich mit dem Domicilvormerk nicht versehen gewesen sei, erscheint nicht zulässig. Die unter Eidesdelation aufgestellte Replik des Klägers und des Litisdenunciaten ist danach unerheblich. Muß aber der vorliegende Wechsel nach den Grundsätzen vom Domicilwechsel beurtheilt werden, so war der Protest nicht blos bezüglich des Ausstellers, sondern auch bezüglich des Bezogenen und Acceptanten unerläßliche Bedingung sowohl des Wechselregresses gegen den Erstern, als auch der Wechselklage gegen den Letztern. Art. 43 und 44 der Wechselordnung.

Nur ein ordnungsmäßig aufgenommener Protest ist indeß geeignet, das Wechselrecht zu erhalten und bestimmt in dieser Beziehung der Art. 87 der Wechselordnung, was zu der Form und Art. 88 was zu dem Inhalte desselben wesentlich gehört, namentlich verordnet der Art. 88 No. 1:

> der Protest muß enthalten: 1) eine wörtliche Abschrift des Wechsels oder der Copie und aller darauf befindlichen Indossamente und Bemerkungen.

Als Zweck dieser Bestimmung, mithin als wesentliche Aufgabe des Protestes ergibt sich die Feststellung der Identität des präsentirten und protestirten Wechsels mit dem im Regreßwege zurücklaufenden; dieses wird erreicht durch die Einverleibung einer wörtlichen Abschrift des Wechsels und aller darauf befindlichen Indossamente und Bemerkungen. Bereits schon früher ist ausgeführt, daß der Protest, sofern er in der gedachten Abschrift einen Mangel der Art enthält, daß er zur Feststellung jener Identität nicht ausreicht, ungültig sei. Die in dem vorliegenden Proteste zwischen der Abschrift des ersten Indossaments und dem Original vorwaltende Verschiedenheit ist für einen solchen Mangel zu erachten, welcher die Ungültigkeit des Protestes selbst zur Folge hat, nach ihm stellt sich das erste Indossament als ein ganz anderes dar, als welches sich auf dem Original-Wechsel befindet; es kann ein zweiter, im Uebrigen gleicher Wechsel mit einem mit der Abschrift übereinstimmenden Indossament in Umlauf gesetzt sein, die Zugehörigkeit des vorliegenden Protest's zu dem eingeklagten Wechsel wird durch diesen Protest nicht festgestellt.

Zur Beseitigung des vorhandenen Mangels ist aber ein Beweis weder gegen, noch neben dem Proteste zulässig. Der Protest an sich ist ein der Recognition nicht bedürfendes Attest in solenner Form darüber, daß von dem Wechselinhaber alle die Diligenzen beachtet sind, welche als Bedingungen des Regresses vorgeschrieben sind. Darauf sind die in dem Art. 87 u. 88 der Wechselordnung vorgeschriebenen nothwendigen Requisite zurückzuführen. Der Protest stellt sich demnach, ebenso wie der Wechsel selbst, als ein strenger F o r m a l - A c t dar. Die durch den instrumentirenden Notar oder gerichtlichen Beamten bewirkte Ausfertigung ist bestimmt, mit dem Wechsel den Rücklauf zu nehmen; sie sollen allein und durch sich selbst den in Anspruch genommenen Wechselbetheiligten die Ueberzeugung gewähren, daß die den Regreß bedingenden Vorschriften befolgt sind; sie allein ist daher auch entscheidend, einen Beweis daneben und dagegen zuzulassen, würde die Protestausfertigung zu einem gewöhnlichen prozessualischen Beweismittel herabsetzen. Dies würde seiner Natur, als einem Formalakt widersprechen, und für den Wechselverkehr unauflösliche Schwierigkeiten herbeiführen. Die Unzulässigkeit eines Beweises daneben oder dagegen durch Zeugen und Eid erscheint danach zweifellos, in gleicher Weise muß aber auch ein durch das Protestregister zu führender Beweis für unstatthaft erachtet werden. Es verordnet zwar der Art. 90 der Wechselordnung, daß die Notare und Gerichtsbeamten schuldig sein sollen, die von ihnen aufgenommenen Proteste nach deren ganzem Inhalte Tag für Tag und nach Ordnung des Datums in ein besonderes Register einzutragen, das von Blatt zu Blatt mit fortlaufenden Zahlen zu versehen ist, und es ergibt sich als Zweck dieser dem Art. 176 des Code de commerce nachgebildeten Anordnung, daß dem Betheiligten für den Fall des Verlustes oder Verderbens einer ausgefertigten Protesturkunde in dem Protestregister ein Mittel gegeben sein soll, eine neue Ausfertigung zu erlangen; es folgt daraus aber nicht, daß der in dem Protestregister befindliche Protest als Beweismittel dazu benutzt werden kann, um diejenigen Män-

gel zu beseitigen, welche sich in einer vorhandenen, in aller Form ausgefertigten und mit dem Wechsel schon im Rücklauf befindlichen Protesturkunde gezeigt haben. Diese kann als der allein entscheidende selbstständige Formal-Act, nur nach der Form, in der sie mit dem Wechsel ihren Rücklauf begonnen hat, und nach ihrem eigenen Inhalte beurtheilt werden. Es kann darnach nicht darauf ankommen, zu prüfen, ob das vorgelegte Protestregister den in dem Art. 90 der Wechselordnung vorgeschriebenen Erfordernissen auch wirklich entspricht; die Berufung der Revidenten auf dasselbe muß für einen Zweck, wie der hier vorliegende ist, von vornherein als unstatthaft zurückgewiesen werden, wie denn auch die Behauptung einflußlos erscheint, daß die Revisen die Identität des vorliegenden und protestirten Wechsels nie angezweifelt haben.

Hiernach ist der erhobene Wechselanspruch in Folge der Ungültigkeit des vorliegenden Protestes bei dem Vorhandensein eines Domicilwechsels bezüglich beider Verklagten für verloren zu erachten, und die Apellationsentscheidung lediglich zu bestätigen, ohne daß es weiter eines Eingehens auf den fernern Einwand des Wechselausstellers, daß er zur Zeit der Ausstellung noch in der väterlichen Gewalt gestanden, bedarf.

Anmerkung des Einsenders.

Diese Entscheidung dürfte sich schwerlich des Beifalls des juristischen, geschweige denn des kaufmännischen Publikums erfreuen. Es lag hier offenbar nur ein Schreibfehler vor, dessen Verbesserung einem Anstand um so weniger unterliegen konnte, als das Protestregister eine richtige Wechselabschrift enthielt, dieses Register aber als Urschrift (Original) von dem K. Obertribunal selbst betrachtet wird, wie aus den angeführten Entscheidungsgründen desselben hervorgeht. Dieser Gerichtshof sagt nemlich, daß wenn der Protest verloren worden sei, eine neue Ausfertigung nach jenem Register gefertigt werden könne. Diese neue Ausfertigung gilt dann wohl an der Stelle des verlorenen Protestes. Wenn also in dem vorliegenden Fall Kläger den fehlerhaften Protest verloren, und durch einen andern (ohne Schreibfehler) hätte ersetzen lassen, würde das K. Obertribunal nach seinen eigenen Grundsätzen anders haben entscheiden müssen!

Uebrigens ist sich das K. Obertribunal in seiner Strenge bezüglich auf die Form nicht consequent geblieben. Die nachfolgende Entscheidung geht in der Nachsicht vielleicht sogar über die Grenzen:

---

2) Ist ein Wechsel, in welchem bei der Bestimmung der Zahlungszeit keine Jahrzahl angegeben ist, ungültig, oder kann diese vom Wechselinhaber hinzugefügt werden?

Der Remittent hat auf Grund eines vom Aussteller am 15. Oktober 1853 in H. ausgestellten, zahlbar am 30. Oktober a. c. lautenden, bei G. in B. domicilirten und rechtzeitig protestirten trocknen Wechsels den Aussteller auf Zahlung der verschriebenen Summe von 65 Thlr. nebst Zinsen und Kosten in Anspruch genommen.

Der Verklagte wendete ein, daß, als er den Wechsel ausgestellt und dem Kläger behändigt habe, derselbe nur dahin gelautet habe: „am 30. Oktober zahle ich" rc., und daß die Buchstaben „a. c." hinter 30. Oktober, sowie das Domicil erst hinterher ohne sein Vorwissen und ohne seine Genehmigung einseitig vom Kläger resp. in dessen Auftrage in den Wechsel hinein geschrieben seien. Verklagter ist der Ansicht, daß es hiernach dem Wechsel an dem wesentlichen Erfordernisse, eines bestimmten Zahlungstages fehle, und daß es der Aufnahme des Protestes nicht bedurft habe, mithin Kläger jedenfalls nicht berechtigt sei, von ihm die Erstattung der Protest- und Ricambiokosten zu verlangen, und hat die Abweisung des Klägers beantragt.

Das Stadtgericht zu Berlin hat diese Einwendungen des Verklagten für unerheblich erachtet, und denselben nach dem Klagantrag verurtheilt, weil der Wechsel zur Zeit, als er dem Richter vorgelegt worden, vollständig gewesen und ein Betrug bei der Ausstellung resp. Ergänzung des Wechsels nicht behauptet worden ist.

Auf die vom Verklagten gegen diese Entscheidung eingelegte Appellation hat das Kammergericht unter dem 10. Dezember 1853 das erste Erkenntniß reformirt und die Abweisung des Klägers dahin begründet:

Kläger habe zwar bestritten, daß er die Buchstaben „a. c." und das Domicil einseitig und ohne Willen und Wissen des Verklagten nachträglich in den Wechsel geschrieben habe. Beides muß jedoch in contumaciam gegen ihn angenommen werden, weil er eine Erklärung über die ihm zu dieser Beziehung deferirten Eide abzugeben verweigert hat. (§. 297 Tit. 10 P.O.) Es stehe

sonach fest, daß der Wechsel bei seiner Aushändigung Seitens des Verklagten an den Kläger die Buchstaben „a. c." hinter dem 30. Oktober und das Domicil nicht enthalten habe, daß beides vielmehr erst später ohne Wissen und gegen den Willen des Verklagten einseitig vom Kläger hinzugefügt sei. Bei dieser Sachlage könne der Ausführung des ersten Richters nicht beigetreten werden. Denn wenn der eingeklagte Wechsel auch zur Zeit der Protestaufnahme und der Klageanstellung allen wesentlichen Erfordernissen eines Wechsels entsprochen habe, so si er doch in dieser Form nicht vom Verklagten ausgestellt und ausgehändigt.

Der Wechsel sei auch nicht mit Wissen und Willen des Verklagten ergänzt, vielmehr sei die Ergänzung einseitig vom Kläger ohne Wissen und gegen den Willen des Verklagten vorgenommen. Entsprach der Wechsel ohne diese Ergänzung und so, wie er vom Verklagten ausgestellt und ausgehändigt war, den gesetzlichen Erfordernissen nicht, so ergebe sich von selbst, daß Kläger aus den einseitig gegen den Willen und ohne Wissen des Verklagten vorgenommenen Ergänzungen keinen Wechselanspruch gegen den Verklagten erworben. Der Wechsel sei eine schriftliche Urkunde, die den Aussteller nur in soweit bindet, als sie von ihm selbst oder von einem Andern mit seinem Wissen und Willen ausgestellt ist. Dies folge aus der Natur der Sache und sei vom Gesetz durch die Norm des Diffessionseides anerkannt. (§. 134. 136. Tit. 10 P.O.) Wer in einer schriftlichen Urkunde wider Wissen und Willen des Ausstellers etwas verändert oder hinzugesetzt, um sich dadurch Rechte zu erwerben oder zu sichern, mache sich einer Fälschung schuldig, aus der er keine Rechte herleiten dürfe. Wenn nun auch der Verklagte gegen die jetzige Form des eingeklagten Wechsels einem dritten Besitzer in gutem Glauben gegenüber keine aus dem Wechselrechte hervorgehende Einrede erheben könne, so sei er doch nach Art. 82 berechtigt, die ihm unmittelbar gegen den Kläger zustehende Einrede geltend zu machen, daß der eingeklagte Wechsel diese Form erst durch die unerlaubte Handlung des Klägers erlangt habe, und daß diese unerlaubte Handlung für den Kläger keine Rechte erzeugen könne. Nach Art. 4 No. 4 und Art. 96 No. 4 der deutschen Wechselordnung sei aber ein wesentliches Erforderniß eines jeden Wechsels die Bestimmung der Zeit, zu welcher gezahlt werden soll, und es komme daher darauf an, ob eine solche Zeitbestimmung in dem eingeklagten Wechsel auch ohne die später hinzugefügten Buchstaben a. c. enthalten ist? Diese Frage muß verneint werden. In der Erklärung: „am 30. Oktober zahle ich 2c." sei keine Zeit bestimmt, zu welcher die Zahlung geleistet werden soll, weil der 30. Oktober erst durch Hinzufügung einer Jahreszahl zur bestimmten Zeit wird. Es lasse sich auch daraus, daß der Wechsel v. 15. Okt. 1853 datirt ist, nicht schließen, daß der als Zahlungstag angegebene 30. Oktober der des Jahrs 1853 sein soll, weil ebensowohl der 30. Oktober eines folgenden Jahres darunter verstanden werden kann. Eine solche Schlußfolgerung erscheine auch zur Feststellung des Zahlungstages des Wechsels an sich unzulässig, weil die Zahlungszeit nach der Fassung des Wechsels im vorliegenden Falle auf einen bestimmten Tag festgesetzt werden sollte, und unter einem bestimmten Tage nur ein solcher verstanden werden könne, der sich von selbst und ohne weitere Bezugnahme oder Folgerung als solcher ergibt. Hiernach müsse angenommen werden, daß der eingeklagte Wechsel zu der Zeit, als er vom Verklagten ausgestellt und dem Kläger ausgehändigt wurde, das wesentliche Erforderniß der Zahlungszeit nicht enthalten hat, und daß diese erst durch die ohne Wissen und Willen des Verklagten von dem Kläger hinterher einseitig vorgenommene Einschaltung bestimmt ist. Es sei vorhin schon ausgeführt, daß Kläger durch diese einseitige Veränderung des Documents kein Recht erworben habe, und daß Verklagter befugt sei, dieß gegen den Anspruch des Klägers unmittelbar einzuwenden, woraus dann von selbst folge, daß unter Abänderung des ersten Erkenntnisses auf Abweisung des Klägers erkannt werden mußte. Die Hinzufügung des Domicils durch den Kläger auf dem Wechsel erscheine weniger erheblich, und würde nicht geeignet sein den Verklagten von der Entrichtung der Protestkosten, wenn überhaupt seine Wechselverbindlichkeit begründet wäre, zu befreien, da der Wechsel girirt war, und der Protest vom Indossatar zur Wahrung seiner Regreßrechte nothwendig erhoben werden mußte. Es komme auch nicht darauf an, welcher Zahlungstag etwa mündlich unter den Parteien verabredet war, da der Zahlungstag aus dem Wechsel hervorgehen muß, und gegen den Kläger in contumaciam feststeht, daß er die zur nähren Bestimmung des 30. Oktober hinzugefügten Buchstaben „a. c." wider Wissen und Willen des Verklagten eingeschaltet hat.

Auf die vom Kläger gegen dieses Appellationserkenntniß eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde hat das Obertribunal zu Berlin unterm 16. Februar 1854 auf Vernichtung

desselben und Wiederherstellung des ersten Erkenntnisses erkannt und in den Gründen gesagt:

„Die Wechselerklärung „am 30. Oktober zahle ich," ohne Zusatz der Buchstaben a. c. erhalte ihre volle Bestimmtheit durch das am 15. Oktober 1853 lautende Datum des Wechsels dahin, daß darunter der nächst folgende 30. Oktober, also der 30. Oktober 1853 zu verstehen ist; zu dessen Constatirung bedürfe es keiner weitern Bezugnahme oder Folgerung, die Bestimmtheit eines solchen Zahlungstages folge aus dem Contentis des Wechsels selbst."

„Die Vorschrift des Art. 4. No. 4 der Wechselordnung finde ihr Verständniß dadurch, daß man nach dem Leipziger Conferenzprotokolle vom 25. Oktober 1847 nur solche allgemeine Bezeichnungen: wie Ostern, Weihnachten u. s. w. ausgeschlossen wissen wollte; es sei aber bei der Berathung von keiner Seite erwähnt, daß der Tagwechsel, um als solcher gültig zu sein, unter allen Umständen und schlechterdings die Jahreszahl des Verfalltages enthalten müsse, auch nicht, daß der im gewöhnlichen Verkehrsleben übliche, jedem Wechselgeber und Wechselnehmer verständliche Sprachgebrauch in dieser Beziehung nach den vorwaltenden Umständen nicht zu berücksichtigen sei."

„Die durch andere Gründe nicht gehaltene Appellationsentscheidung unterliege hiernach der Vernichtung und deren gesetzlichen Folgen, ohne daß es eines Eingehens auf die sonst noch vorgebrachten Angriffe bedürfe."

„Für die Hauptsache ergebe sich, da auch der fernere Einwand, daß der Domicilvormerk später wider Wissen und Willen des Verklagten von dem Kläger hinzugefügt sei, unerheblich erscheine die Bestätigung des ersten Urtheils von selbst."

Eine gleiche Entscheidung wurde von dem obersten Gerichtshof für Oestreich gegen die übereinstimmenden Urtheile des Wiener Handelsgerichts und des niederöstreichischen Oberlandesgerichts erlassen.

Archiv für d. Wechselrecht 3. Band S. 331.

Dr. Ladenburg.

II.

Bewirkt die Ausstellung, Indossirung oder Acceptirung eines Wechsels für eine bestehende Schuld eine Novation derselben?

Diese Frage gehört seit lange zu den bestrittensten, und hat auch seit Emanirung der Wechsel-Ordnung die verschiedensten Lösungen erfahren. Oberappellationsgerichtsrath Siebenhaar in Dresden verneint sie durchweg in einem vortrefflich geschriebenen Aufsatz in dem Archiv für d. Wechselrecht, 1. Band S. 165 u. f. Die französische Jurisprudenz hält die gleiche Ansicht fest, wie man sich aus den zu Art. 1271—73. No. 7 bis 12 in dem Code civil annoté de Sirey, herausg. von Gilbert, angeführten Entscheidungen überzeugen kann. Troplong des hypothèques No. 199 vertheidigt die gleiche Ansicht. Pardessus No. 221 dagegen glaubt, daß je nach den Umständen des einzelnen Falls entschieden werden müßte, wobei er jedoch in dem Fall, wenn Quittung für eine Waarenschuld in der Form „valeur reçue en billets à ordre, lettres de change ou mandats" gegeben wurde, keine Novation annimmt, weil Wechsel nur „unter Vorbehalt des Eingangs" „sauf encaissement" angenommen würden. So hat auch die cour d'appel de Caen unter dem 3. Januar 1849 in einem Fall entschieden, da für den Kaufpreis einer Parthie Holz drei Wechsel ausgestellt worden waren, „valeur pour vente de bois," wogegen Verkäufer den Kaufpreis in drei Wechseln erhalten zu haben quittirte. Da die Wechsel nicht bezahlt wurden, stellte Verkäufer die action en révendication an, welcher von den syndics der Masse die Einrede der Novation entgegengehalten wurde. Das Gericht erster Instanz hielt die Einrede für begründet, und wies den Kläger ab, dies Urtheil wurde aber in zweiter Instanz reformirt, indem angenommen wurde, die Ausstellung der Wechsel habe nur eine Erleichterung der Verwerthung der Forderung des Verkäufers, keineswegs eine Tilgung der Schuld zum Zweck gehabt.

Sirey 1849. II. 640 — 42.

Ganz ebenso hatte der Kassationshof den 22. Juni 1841 erkannt, indem er ein entgegenstehendes, vortrefflich motivirtes Urtheil der Cour r. de Bourges v. 6. Mai 1837 cassirte. Der Fall war dieser: Barbaud verkaufte den 21. März 1828 verschiedene Grundstücke an Dugoubt für die Summe von 37,500 Franken, zahlbar in zwei Wechseln, von 18,750 Franken jeder — gegen de-

ten Aushändigung Barbaud für den Kaufpreis quittirte. Die Wechsel wurden nicht bezahlt, weßhalb B. den Rückgriff auf D. nahm, und dessen Verurtheilung erwirkte. Das Urtheil konnte aber wegen Mangels an Mitteln nicht vollzogen werden. Nun erst stellte B. eine Klage auf Auflösung des Kaufs an, welcher die Einrede der stattgehabten Novation entgegen gehalten wurde. Diese wurde in erster Instanz verworfen, in der zweiten dagegen begründet befunden, weil Barbaud

1. den Kaufpreis quittirt und
2. auf den Grund der Wechsel eine Verurtheilung erwirkt habe.

Sirey 1837. II. 439.

Dieses Urtheil wurde cassirt, indem der Cassationshof der Meinung war, jene Vorgänge enthielten keine Novation.

Sirey 1842. II. 473.

Die Sache kam nunmehr an die Cour d'Orléans, welche unter dem 6. September 1842 nach der Ansicht des Cassationshofs, entschied.

Sirey 1842. II. 391.

Uebrigens hat der Cassationshof nicht immer nach dieser Ansicht entschieden. Im Jahr 1828 lag ihm folgender Fall vor: Zur Zeit als Cayenne noch unter portugiesischer Herrschaft war, schuldete St. Philippe der portugiesischen Regierung 15,000 Franken Pacht und stellte ihr dafür mehrere eigene Wechsel aus. Bei der Abtretung jenes Landes an Frankreich wurde auch jene Pachtforderung mit überwiesen, ohne daß der französischen Regierung Kenntniß von den Wechseln gegeben wurde.

Diese klagte die Pachtforderung gegen St. Philippe ein, welcher eine Urkunde producirte, wornach jene ältere Schuld durch die dafür gegebenen Wechsel, insoweit diese bei Verfall bezahlt wurden, als getilgt quittirt worden war. Die Zahlung der Wechsel konnte er aber nicht beweisen. Dennoch wurde die Klage in erster Instanz abgewiesen und dies Urtheil von der Cour r. de Cayenne den 4. Oktbr. 1825 bestätigt. Der Cassationskläger machte vergebens auf den Vorbehalt in der Quittung aufmerksam, das Cassationsgesuch wurde den 16. Januar 1828 aus dem Grund verworfen, weil den Cours royales allein zukomme, aus den vorliegenden Thatsachen den Schluß zu ziehen, daß eine Novation stattgefunden habe.

Sirey, 1828 I. 294.

Die Cour r. de Paris hatte den 24. Dezember 1816 in folgendem Fall über unsere Frage zu entscheiden:

Ein Italiener Namens Fusi kaufte von einem Juwelier in Paris einen Saphir für die Summe von 170,000 Fr.
und gab ihm dafür in Edelsteinen . . . 98,455 „
in einem eigenen Wechsel . . . . . 71,545 „
zusammen 170,000 Fr.

Fusi geräth in Gant und der Verkäufer macht Anspruch auf das Vorzugsrecht des Art. 2102. No. 4, wogegen die Gläubiger Einsprache erheben, indem sie behaupten, der Kaufpreis sei durch den Wechsel bezahlt, es bestehe jetzt nur noch eine Wechselforderung, welcher kein Vorzugsrecht zur Seite stehe. Nach dieser Ansicht erkannte auch die Cour royale.

Sirey, 1817. 2. 270.

Gleicher Ansicht sind

Grénier des hypothèques t. 2. No. 385.
Persil, commentaire ad art. 2103. §. 1. No. 6.
Delvincourt, t. 2. p. 780.
Duranton, t. 12. No. 287. Brüsseler Ausgabe, t. 7. No. 287.

Das K. Obertribunal in Berlin hat seit dem Erscheinen der Wechselordnung zweimal über unsere Frage entschieden. Der erste Fall wird in dem Archiv für d. Weselrecht 3. Bd. S. 197 so erzählt:

Der Kaufmann A. schuldete dem Kaufmann B. für gekaufte und empfangene Waaren die Summe von 400 Thaler und stellte demnächst zu Gunsten und gegen Quittung des B. über diesen Geldbetrag einen Wechsel aus. Die Waarenforderung wurde jedoch im Wege der Execution inzwischen einer andern Handlnng überwiesen, und von der Letzteren gegen A. eingeklagt.

Das Appellationsgericht verwarf den von A. erhobenen Einwand der durch die Ausstellung des Wechsels eingetretenen Novation resp. Tilgung der Verbindlichkeit als Waarrenschuld, und verurtheilte den A. zur Zahlung der 400 Thaler.

Das Obertribunal zu Berlin hat diese Entscheidung vernichtet und ausgeführt:

„Es sei zunächst außer Zweifel, daß durch die Ausstellung des Wechsels, wie auch der Verkäufer B. durch seine Quittung anerkannt habe, der Kaufvertrag von dem Verklagten vollständig erfüllt worden sei. Dessen ursprüngliche Verpflichtung zur Zahlung der Kaufgelder hörte damit auf. Nach Lage der Sache habe der Verkäufer B.

den Wechsel ohne Vorbehalt in Zahlung angenommen, und über die Tilgung der Kaufgelder dem Verklagten Quittung geleistet.“

„Diese Art der Berichtigung der Schuld trage alle Wirkungen einer Zahlung durch Geld oder geldgleiche Papiere nach dem allgemeinen Landrechte Thl. I. Tit. 16 §. 28 an sich. Dieß habe der Richter unter Verletzung der letztgedachten Vorschrift verkannt. Deßhalb müsse das zweite Urtheil vernichtet werden. Der Wechsel als ein selbstständiger formeller Vertrag, habe hier nicht eine blos accessorische Bedeutung. Durch die Ausstellung desselben von Seiten des Verklagten und die Annahme desselben ohne Vorbehalt von Seiten des Verkäufers sei vielmehr die ursprüngliche Kaufgelderforderung hier vollständig aufgehoben worden. Die Wechselverpflichtung trat an deren Stelle, es fand eine Novation im Sinne des §. 454 des allgemeinen Landrechts Theil I. Tit. 16 statt. Die alte Verbindlichkeit sei erloschen.“

Nach der allgemeinen östreichischen Gerichtszeitung vom Jahr 1852 hat der höchste Gerichtshof für Oestreich erkannt, daß in der Ausstellung eines Wechsels für eine vorherbestandene Schuld eine Novation liege und daher das früher bestellte Pfand-Vorzugsrecht oder Bürgschaft eben dadurch erlösche.

In ähnlicher Weise hat das großh. Oberhofgericht in folgendem Fall erkannt: Herr von Zanthier hatte ein Gut gekauft, und den Kaufpreis zum Theil bezahlt, zum Theil Wechsel dafür ausgestellt. Als diese eingeklagt wurden, behauptete er, eine auf dem Gut haftende Hypothek sei noch nicht abgetragen, er sei daher nach Art. 1653 nicht schuldig, den Kaufpreis zu zahlen bis die Hypothek gelöscht sei. Diese Einrede wurde in allen Instanzen verworfen. Die Entscheidungsgründe des großh. Oberhofgerichts lauten, insoweit sie hierher gehören, folgender Maßen:

Die kläger'sche Forderung von 1200 Thl. nebst Zinsen gründet sich auf den s. g. Wechsel d. d. Carstnitz den 10. November 1838. Der Beklagte gibt die Aechtheit dieser Schuldurkunde zu, und bekennt sich zu der Schuld, bestreitet aber den vom Kläger dafür angegebenen Rechtstitel des Darlehens.

Da er jedoch die Entstehung der Schuld so erzählt, daß er einen Theil eines Gutskaufsschillings in Wechseln erlegt habe, wovon der eingeklagte einer sei, den er noch nicht bezahlt habe, so bekennt er, daß seine ursprüngliche Verbindlichkeit aus Kauf aufgehoben und an ihre Stelle eine neue Verbindlichkeit gesetzt wurde.

Der Kaufschilling wurde hiernach „erlegt,“ d. h. bezahlt, indem dafür eine neue Schuld, die s. g. Wechselverbindlichkeit, eingegangen ward, mit dem Versprechen der Verzinsung mit 5 pCt. und der Heimzahlung nach 4 Jahren und 6 monatlicher Aufkündigung. Mit Recht erkannte der Gerichtshof hierin eine Novation, die Verwandlung der ursprünglichen Kaufgeldforderung in ein Darlehen.

In neuester Zeit ist eine Abhandlung über unsere Frage von dem Präsidenten Dr. Günther in Leipzig in lateinischer Sprache erschienen; das zweite Heft des 4. Bandes des Archivs für d. Wechselrecht theilt sie in deutscher Uebersetzung mit.

Darnach hat die bisherige Praxis (vor Einführung der Wechselordnung) in Sachsen durchweg an dem Satze festgehalten, daß durch das Geben einer Tratte für eine bestehende Schuld eine Novation bewirkt werde. Dafür hat sich auch erklärt

Treitschke in seiner Encyklopädie der Wechselrechte unter dem Worte Begebung §. 5. S. 153.

Einert in seinem Wechselrecht nach dem Bedürfnisse des 19. Jahrhunderts (Leipzig 1839) S. 51.

Hoffmann in einem Aufsatz in dem Archiv für praktische Rechtswissenschaft, herausgegeben von Schäfer, Seitz und Hoffmann. Bd. 1. S. 44.

Dr. Günther dagegen unterscheidet zwei Fälle, nemlich:

1) wenn eine Tratte (ein gezogener Wechsel),
2) wenn ein eigener Wechsel

für eine bestehende Schuld gegeben werde. Im ersten Fall erlösche die Schuld durch Compensation — nicht durch Novation — weil der, welcher die Tratte erhalte, den Werth derselben schuldig werde, mithin Forderung und Schuld einander gegenüber stehen und sich so compensiren. In der Ausstellung des eigenen Wechsels sieht aber Dr. Günther keine Novation, sondern nur ein Zahlungsversprechen. Diese Ansicht beruht auf der Unterstellung, daß die Tratte eine Waare, der eigene Wechsel keine Waare sei — was doch am Ende eine willkürliche Annahme ist, gerade sowie Einert in jedem Geben eines Wechsels eine Zahlung sieht, weil der Wechsel ein Papiergeld sei. Bei allen solchen Unterstellungen wird man von einem Problem nur auf ein anderes geführt, dessen Lösung noch verwickelter und schwieriger ist. Ob der Wechsel eine Waare, ob er ein Papiergeld, ob er ein Formalakt oder ein Summenversprechen, darüber streiten noch die Gelehrten und man sollte daher solche bestrittene Theorieen nicht zum Entscheidungsgrund praktischer Fragen oder gar wirklicher Urtheile machen. Ob unsere Frage aus allgemein anerkannten Grundsätzen gelöst werden kann, soll in einem spätern Artikel untersucht werden. Dr. Ladenburg.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXI. No. 36. Mannheim, 2. September 1854.

I.

Entscheidungen des mittelrheinischen Hofgerichts.

1. Ueber den Unterschied zwischen den Strafandrohungen in §. 955. Abs. 3. §. 976. Abs. 2 der bürgerlichen Prozeßordnung und dem in §. 462 St.G.B. bezeichneten Verbrechen der Verfügung über eine mit Beschlag belegte eigene Sache.

Auf die Anfrage eines Amts erwiederte der Gerichtshof durch Beschluß vom 3. Juni l. J. — J. U. S. gegen Jakob Siegel von Kork, wegen Veräußerung gepfändeter Gegenstände — Folgendes:

Der §. 955 der bürgerlichen P.O. bedroht die Verletzung der Vorschrift, daß der Schuldner für die unversehrte Erhaltung der ihm gepfändeten, aber in seinem Besitze gelassenen Fahrnisse zu sorgen habe, mit Verhaft bis zu zwei Monaten.

Es ist dieß die Verletzung einer rein formellen Vorschrift, vermöge deren der Schuldner für die Erhaltung der gepfändeten Sache zu sorgen hat, worin noch keineswegs der Thatbestand eines Betrugs liegt.

Zu einem Betruge in Beziehung auf die gepfändeten oder sonst mit Beschlag belegten Fahrnisse ist nach §. 462 des St.G.B. noch weiter erforderlich:

1) daß der Schuldner nicht nur die ihm zur Pflicht gemachte positive Fürsorge zur Erhaltung der Sache versäumt, sondern daß er selbst (beziehungsweise ein Anderer auf seine Anstiftung — §. 119 St.G.B. — oder in Verabredung mit ihm — §. 125 St.G.B. — oder mit seiner Unterstützung — §. 134 St.G.B.) die gepfändeten oder sonst mit Beschlag belegten Sachen dem Beschlage entzogen habe;

2) daß dieß heimlicher Weise geschah, und

3) unter Umständen, unter welchen es dem Gläubiger ganz oder theilweise unmöglich wird, zu seiner Befriedigung auf andere Weise zu gelangen.

Keine dieser drei Voraussetzungen ist nöthig, um die Strafe des §. 955 der P.O. zu erkennen, und wenn alle drei Voraussetzungen vorhanden sind, so handelt es sich nicht mehr blos um die in jenem §. 955 der b. P.O. bedrohte Verletzung einer civilrechtlichen Vorschrift, sondern um das in §. 462 St.G.B. bedrohte Verbrechen des Betrugs, und es kommt, wenn gleich die Voraussetzung des §. 955 der b. P.O. ebenfalls, also eine ideale Concurrenz vorhanden ist, nach §. 182 St.G.B. nur die höhere Betrugsstrafe des §. 450 (§. 403) zur Anwendung, in welchem Falle, wenn der Werth des beseitigten Gegenstands die Summe von 25 fl. übersteigt, nach §. 16 Z. 14 des Einführungsgesetzes vom 5. Februar 1851 nicht das Bezirksamt, sondern das Hofgericht zur Aburtheilung zuständig ist.

Eine Anzeige oder ein Antrag des Beschädigten ist weder im Falle des §. 955 der b. P.O., noch im Falle des §. 462 St.G.B. erforderlich. *)

In Folge dieser Belehrung leitete das Amt die Untersuchung wegen Betrugs im Sinne von §. 462 St.G.B. ein, und es wurde auch der Angeschuldigte durch Urtheil des Gerichtshofs vom 23. September l. J. wegen dieses

*) Dieselben Unterscheidungsmerkmale gelten auch bezüglich der Strafandrohung in §. 976. Abs. 2 der bürgerlichen P.O. wegen eigenmächtiger Einärntung der auf dem Halm gepfändeten Früchte.

Aus den Motiven der Regierung und dem Commissionsberichte der II. Kammer (Thilo Note 1. 2. zu §. 462 St.G.B.) sind die fraglichen Begriffe in der gleichen Weise zu entnehmen.

Der Eins.

Verbrechens zu einer Strafe von 8 Wochen Amtsgefängniß verurtheilt.

Er hatte nemlich ein zu Gunsten eines Gläubigers gepfändetes Pferd im Werthe von 36—40 fl. am Tage vor der zur Versteigerung desselben anberaumten Tagfahrt, Morgens 4 Uhr von Hause weggeführt und nach Straßburg verbracht, wo er es verkaufte, ohne daß er sein Vorhaben Jemand vorher mitgetheilt hatte. Dabei hatte er (seiner Behauptung nach freilich nur zur Umgehung des französischen Eingangszolls) die Fortschaffung so bewerkstelligt, daß er das Pferd in einen benachbarten Ort führte und dort an den Wagen eines nach Straßburg fahrenden Bekannten zu dessen Pferd einspannte. Hierin mußte man eine heimlicher Weise bewirkte Entziehung aus dem Beschlag erblicken.

Da der Angeschuldigte sonst keine pfändbaren Fahrnisse mehr besaß, und sein liegenschaftliches Vermögen mit Pfandschulden überladen war, so war es dem Gläubiger selbstverständlich unmöglich auf anderem Wege zu seiner Befriedigung zu gelangen, und lag, da der Angeschuldigte dieß recht wohl wußte, auch das weitere Erforderniß des §. 462 St.G.B. vor.

---

2. Ueber die Befugnisse des für einen flüchtigen Verbrecher bestellten Abwesenheitspflegers (L.R.S. 112. II. E.Ed. §. 10) im Verhältniß zu den Vorschriften in §. 129 Einf.Ges. vom 5. Februar 1851.

Der vormalige Notar Frick von Offenburg hatte sich wegen Betheiligung an der jüngsten Revolution geflüchtet und wurde in die gesetzliche Strafe und zum Ersatze des dem Staate zugegangenen Schadens verurtheilt. Um seine hierdurch erlangten Ansprüche zu verwirklichen, erhob der großh. Fiskus gegen dessen Ehefrau eine Klage auf Nichtigkeitserklärung einer Vermögensabtretung an Zahlungsstatt, welche zwischen dieser und dem von der Polizeibehörde für ihren Mann bestellten Abwesenheitspfleger vereinbart worden war.

Es wurde jedoch diese Klage in beiden Instanzen als nicht stattfindend durch Ladungsversagung abgewiesen.

Amtliche Entscheidungsgründe.

In Erwägung, daß dem klägerischen Anspruche durch die Behauptung Eingang verschafft werden soll, es sei der fragliche Akt (die nachträgliche Ergänzung zur Vermögensabsonderung der Notar Frick Eheleute) vom 2. Januar 1850 aus dem Grunde ungiltig, weil Buchbinder Landelin Greber von Offenburg, welcher Namens des vormaligen Notars Frick bei diesem Akte mitwirkte, zu dessen Vertretung nicht berechtigt gewesen sei, diese Vertretung vielmehr allein von einem nach Maßgabe des damals geltenden provisorischen Gesetzes v. 1. August 1849 aufgestellten Pfleger hätte ausgehen können, der überdieß, was hier nicht geschehen, von dem zuständigen Untersuchungsgerichte (großh. Bezirksamte Gengenbach) zu bestellen gewesen wäre;

in Erwägung, daß der Pfleger, welcher für einen abwesenden oder flüchtigen Verbrecher nach Vorschrift des §. 4 des provisorischen Gesetzes vom 1. August 1849 (vergl. §. 129 des Einf.G. zum St.G.B.) ernannt wird, nur das Vermögen des Flüchtigen zu verwalten und dafür zu sorgen hat, daß Letzterem hieraus nichts verabfolgt werde, — ihm aber eine Vertretung der Person desselben nicht zukommt;

in Betracht, daß hiernach ein Rechtsgeschäft, welches außer der ihm gebührenden Vermögens-Verwaltung durch einen solchen Pfleger (curator bonorum) für den Abwesenden ohne dessen besondern Auftrag vorgenommen würde, keine rechtsverbindliche Kraft haben könnte;

daß hiegegen der von dem großh. Oberamte Offenburg unterm 17. November 1849 als Abwesenheitspfleger für den vormaligen Notar Frick aufgestellte und verpflichtete Buchbinder Greber zu dessen persönlicher Vertretung als vollkommen legitimirt erscheint, da er ausdrücklich nicht mit Rücksicht auf die anhängige Untersuchung als Vermögensverwalter, sondern zur anderweiten Vertretung des Abwesenden bestellt worden ist; L.R.S. 450. II. Einf.-Ed. §. 10. Pr.O. §. 260;

daß hiernach aus der Mitwirkung des Buchbinders Greber bei dem Akte vom 2. Januar 1850 ein Grund zur Anfechtung dieses Geschäfts nicht abgeleitet werden kann.

Aus diesen Gründen und nach Ansicht von §. 283. 168. Pr.O. wurde, wie geschehen, erkannt.

Das großh. Hofgericht adoptirte diese Gründe, indem es nur noch die Hinweisung auf L.R.S. 1961 ff. beifügte.

3. **Ueber die Frage, wann ein Fahrnißstück wegen unterstellter Widmung als unbeweglich anzusehen ist.**

In dem Kaufvertrage über ein Wirthshaus war die Bestimmung enthalten, daß außer den einzeln aufgeführten Zugehörden Alles auf den Käufer übergehen solle, „was band-, niet- und nagelfest ist, und was nach dem Gesetze zu dem unbeweglichen Eigenthum gehört." In Folge dessen begehrte der Käufer von dem Verkäufer die Herausgabe einer zu 150 fl. geschätzten Spieluhr, welche sich vor Abschluß des Vertrags in dem Wirthszimmer des verkauften Hauses befunden hatte, nachher aber mit Zurücklassung des Uhrkastens von dem Verkäufer weggenommen worden war.

Der Unterrichter verwarf diese Klage, das Obergericht aber entsprach (durch Urtheil vom 6. Sept. l. J. J. S. Schweiß gegen Bühler von Offenburg) dem Klagbegehren.

Hofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Der Kläger fordert als einen Theil des Kaufgegenstandes die Spieluhr heraus, welche zur Zeit des Kaufs in dem gekauften Kronenwirthshause aufgestellt war und nachher vom Verkäufer hinweggenommen wurde.

Abgesehen von den in der Klage aufgeführten Nebenumständen ist die Klage auch dann begründet, wenn die Uhr als eine Zugehörde einer Gewerbseinrichtung, im Sinne des L.R.S. 524 anzusehen, oder durch Widmung nach Maaßgabe des L.R.S. 525 ein unbeweglicher Bestandtheil des Gebäudes geworden ist. Ist nun auch die erstere Voraussetzung nicht vorhanden, so ist es doch die Letztere. Der Uhrenkasten ist nämlich nach dem durch die Ergebnisse des richterlichen Augenscheins bestätigten Klagvortrage durch eine Einfassung eingenietet, und mit der Mauer selbst durch Speiß verbunden, so daß er ohne Beschädigung der Mauer nicht entfernt werden kann. Diese ganze Vorrichtung ist lediglich zur Aufnahme der Uhr bestimmt und hat keinen andern Zweck, wie sich noch insbesondere daraus ergibt, daß unten daran eine Oeffnung im Stubenboden zur Herablassung der Gewichte in den Keller, und für die Uhrwalze ein Einschnitt in den Stubenboden angebracht ist. Ungeachtet dessen hält der Unterrichter den Satz 525 deßhalb für unanwendbar, weil die Uhr selbst aus dem einen Theil des unbeweglichen Bauwesens ausmachenden Kasten leicht herausgenommen werden könne.

Wenn aber nach L.R.S. 525 schon die an der Wand angebrachten Einfassungen für Spiegel und Gemälde diese selbst zu unbeweglichen Zugehörden machen, und wenn Bildsäulen, welche in eigens für sie gemachte Vertiefungen aufgestellt sind, als unbeweglich gelten, obwohl sie selbst unbeschädigt weggenommen werden können, so muß dasselbe auch von einer Spieluhr gelten, wenn der für sie besonders gefertigte Behälter einen festen Bestandtheil des Bauwesens selbst ausmacht, obgleich die Uhr selbst unbeschädigt aus dem Behälter herausgenommen werden kann.

Demnach mußte abändernd nach dem Klagbegehren erkannt werden.

Dr. Puchelt.

II.

Kurz gefaßte Entscheidungen des mittelrheinischen Hofgerichts.

1.

Eine im ordentlichen Verfahren zu verhandelnde Sache ist es, wenn ein Unterpfandsgläubiger, welcher von der zweiten Versteigerungstagfahrt nicht benachrichtigt worden war, das Recht des Nachgebots geltend machen will, gegen den zweiten Steigerer.

P.O. §. 1184. 1185. 1024.

2.

Wenn eine im ordentlichen Verfahren zu verhandelnde Appellation vor dem Unterrichter mit dessen und beider Theile Zustimmung verhandelt wird, da sämmtliche von der Absicht ausgingen, es liege eine summarische Sache vor, so hat der Oberrichter nicht von Amtswegen diese Verhandlung aufzuheben, und die Berufungsverhandlungen von neuem zu pflegen, und zwar deßhalb, weil sich keine Partie beschwert hat, noch sich wegen ihrer Zustimmung zur Art des Verfahrens beschweren kann.

Beide 1 und 2 J. S. Becker gegen Glock.

3.

Einf.Ges. v. 5. Febr. 1851. §. 30. 126. 128.

Wenn der eines Verbrechens Angeschuldigte flüchtig ist, so hat der Untersuchungsrichter nicht die Pflicht am Schlusse der Untersuchung die durch den §. 30 d. E.G.

gebotene Zusammenstellung der Anschuldigungs- und Entlastungsbeweise zu fertigen, und sie dem Angeschuldigten durch öffentliche Bekanntmachung zu eröffnen.

J. U. S. gegen Andreas Schwendemann wegen Diebstahls.

4.

Ist bei Erbbestandslehen die Verpflichtung des Erblehenträgers zur Zahlung des Handlohns zu vermuthen?

L.R.S. 1831 b. h.

Diese Frage wurde in den beiden Rechtsstreiten Weber gegen Frhr. v. Schauenburg und Maier gegen denselben Beklagten wegen Ablösung eines Erbbestandslehens verneint. Die Entscheidungsgründe in der erstern Sache sprechen sich darüber folgendermaßen aus:

Der Handlohn ist nach seinem ursprünglichen Charakter eine im Lehenbriefe übernommene persönliche Verbindlichkeit des Beklagten. Eine solche ist er stets geblieben, wenn er auch im Laufe der Zeit den Grund einer vertragsmäßigen Uebernahme häufig verloren hat, und auch auf einer gewohnheitsrechtlichen oder gesetzlichen Vorschrift beruht. Stets aber muß sowohl seine Existenz, als sein Umfang bewiesen werden, wenn dieses bestritten ist.

Gerber, System des deutschen Privatr. §. 143. S. 335.

Mittermaier, Grundsätze des deutschen Privatrechts 4. Aufl. II. Bd. §. 404. pag. 904.

Das Landrecht verpflichtet zwar in dem Landrechtszusatze 1831 b. h. den Erbbeständer zur Handlohnzahlung, allein daraus kann nicht abgeleitet werden, daß der Kläger handlohnpflichtig sei, weil die Verleihung des in Frage stehenden Erblehens lange vor Einführung des Landrechts im Jahr 1787 statt hatte, daher das Landrecht in der fraglichen Beziehung eine Entscheidungsnorm nicht abgeben kann. Nur dann könnte daraus etwas Entscheidendes geschöpft werden, wenn sich nachweißen ließe, daß in ihm das Gewohnheitsrecht, welches zur Zeit der Errichtung des fraglichen Erblehens bestanden habe, aufgezeichnet worden sei.

Allein dieser Nachweiß läßt sich nicht führen, weil weder das Gesetz selbst noch dessen Comentator (und in der vorliegenden Materie zugleich Schöpfer) hiefür einen Anhaltspunkt geben. Brauer sagt nämlich Bd. III. S. 632: die einzelnen Sätze im 3. Buche des 8. Titels und 6. Capitels des Landrechts seien aus dem Herkommen eines Theils der Lande des Großherzogthums entnommen. Aus welchem Theile dieß aber geschehen, führt Brauer nicht an, weßhalb diese unbestimmte Aeußerung nicht von entscheidendem Gewichte sein kann.

O.

III.

Verjährung der nur auf Anzeige oder Anklage verfolgbaren Verbrechen. §. 190. 335 St.G.B.

Annalen XXI. S. 162.

In dem am angeführten Ort mitgetheilten Rechtsfalle hat der Schwurgerichtshof zu Bruchsal die Ansicht ausgesprochen, daß auf das Vertheidigungsmittel der Verjährung in der Schlußverhandlung keine Rücksicht genommen werden könne, weil durch das Verweisungserkenntniß, gegen welches eine Beschwerde von Seiten des Angeklagten nicht ergriffen werde, rechtskräftig festgestellt sei, daß die weitere gerichtliche Verfolgung statt habe und durch keine Verjährung beseitiget sei. Diese Ansicht ist nicht richtig. Denn der Schwurgerichtshof ist berechtigt die Angeklagten, wenn auch der Wahrspruch der Geschworenen auf Schuldigerklärung lautet, freizusprechen, insofern die den Grund der Anklage bildende Handlung der Angeklagten durch kein Gesetz mit Strafe bedroht ist. (§. 115. Heft II. der Gesetze vom 5. Februar 1851.) Und es muß eine Freisprechung erfolgen, nicht nur dann, wenn die That überhaupt durch kein Strafgesetz bedroht ist, sondern auch dann, wenn die That wegen eingetretener Verjährung (§. 190 ff. St.G.B.) oder wegen Nothwehr (§. 85) oder wegen freiwilligen Aufgebens (§. 117 St.G.) u. s. w. für straflos erklärt ist. Es hat auch der Cassationshof in Frankreich durch ein arrêt vom 21. November 1812 entschieden, daß das Assisengericht, ohngeachtet der in Mitte liegenden Entscheidung der Anklagekammer allerdings noch berechtigt sei, darüber zu erkennen, ob sich der Angeklagte des angeschuldigten Verbrechens schuldig gemacht habe. Lankhard, Rechtsfälle I. S. 451.

Der Schwurgerichtshof in Constanz ist dieser Ansicht beigetreten, hat jedoch in nachstehendem Falle aus einem andern Grunde die Schutzrede der Verjährung verworfen.

Johann Kammerer stand wegen Nothzucht mit einem noch nicht mannbaren Mädchen unter 14 Jahren vor dem Schwurgericht. Die Nothzucht war noch unter

der Herrschaft der alten Gesetze verübt und die Genöthigte machte erst im vorigen Jahre ihrer Mutter Anzeige, worauf dieselbe die Bestrafung des Thäters verlangte.

Gegen das Verweisungserkenntniß wurde keine Beschwerde erhoben, sondern erst in der Schwurgerichtssitzung machte der Angeklagte und der Vertheidiger die Schutzrede der Verjährung geltend, indem der letztere behauptete, daß unter dem in §. 190 St.G.B. genannten „Betheiligten" nur der Damnifikat und nicht auch andere Personen, wie z. B. die Eltern oder Vormünder (§. 338 St.G.B.) zu verstehen seien. Der Gerichtshof verwarf aber die Einrede der Verjährung, in Erwägung, daß von Seiten des Angeklagten und seines Vertheidigers auf Grund des §. 190 Ziff. 8 des Strafgesetzes die Behauptung der Verjährung des Verbrechens geltend gemacht wurde, weil die Verjährung von dem Tage des Verbrechens oder der Kenntniß der Genöthigten und nicht erst vom Tage der erhaltenen Kenntniß der Mutter derselben zu rechnen sei; — daß aber hier die Zeit der Kenntniß der letzteren die entscheidende ist, weil die Eltern das überdieß zur Beurtheilung eines solchen Verbrechens unfähige Kind zu vertreten haben, daß auch nach dem gemeinen Rechte die fünfjährige Verjährung nicht eingetreten ist, weil mit der Schwächung zugleich eine Gewaltthätigkeit verbunden war. l. 8. D. ad leg. Jul. de adult. (48. 5.)

Haager.

IV.

Ungehorsam im mündlichen Verfahren. §§. 229. 605 P.O.

Nach §. 229 der neuen P.O werden die Parteien auf eine bestimmte Stunde vorgeladen und gilt die Tagfahrt nach Umfluß der festgesetzten Stunde für abgelaufen — hebt jedoch das spätere Erscheinen den Ungehorsam auf, falls die Verhandlung mit der rechtzeitig erschienenen Partei nicht schon geschlossen ist. (§§. 324 — 326 P.O.

Aus diesen Bestimmungen geht hervor, daß der Ungehorsam der geladenen Parthie erst durch den völligen Ablauf der zur Tagfahrt bestimmten Stunde festgestellt wird, daß also das Versäumungserkenntniß erst nach dem Schlag der folgenden Stunde erlassen werden kann.

Diejenige Parthie, welche geladen ist, um in der Tagfahrt eine Prozeßhandlung vorzunehmen oder die Reihe der darin vorzunehmenden Prozeßhandlungen zu beginnen, kann unzweifelhaft schon im Laufe der dafür bestimmten Stunde ihren Vortrag abgeben (§. 325 P.O.), sie wird aber demungeachtet den Ablauf dieser Stunde noch abzuwarten haben, weil die Gegenpartei, wenn sie noch im Laufe desselben erscheint, das Recht hat, als gehorsam behandelt zu werden, demnach auch ihre Erklärung abzugeben und die Fortsetzung der Verhandlung zu begehren. Erscheint die Gegenpartei erst nach Umfluß der Stunde und jene hat nicht schon im Laufe derselben ihre Erklärung geschlossen, so gleicht sich hierdurch der Ungehorsam der zu spät erschienenen aus und diese hat dann ein Recht darauf, daß die Verhandlung noch vorgenommen werde.

Erscheint diejenige Parthie allein zur festgesetzten Stunde, welche nicht den ersten Vortrag hat, so kann sie nach P.O. §§. 324 und 605. 608. 609 den Antrag stellen, daß der Ausgebliebene unter specieller Androhung des Rechtsnachtheils nochmals vorgeladen, beziehungsweise daß der speciell angedrohte Rechtsnachtheil ausgesprochen werde.

Ebenso kann auch der rechtzeitig erschienene Beklagte, statt seine Vernehmlassung abzugeben, das Verlangen stellen, daß er von der Instanz entbunden werde. §. 326 P.O.

Diese nach §. 605 der P.O. (im ersten Absatz) zum Ausspruch der prozessualischen Versäumungsnachtheile nöthige Ungehorsamsanklage kann nicht gestellt werden, so lange Gehorsam noch möglich, also nicht eher, als bis der Ungehorsam gewiß ist, d. h. nach Umfluß der festgesetzten Stunde, welche der Erschienene wohl abwarten kann und abwarten muß, wenn er seinerseits sich des Ungehorsams nicht für den Fall schuldig machen will, daß die Gegenpartei noch innerhalb der zur Verhandlung bestimmten Stunde sich einfinden sollte. Es ist daher ein Mißbrauch, wenn innerhalb des Laufs und vor Umfluß der zur Verhandlung bestimmten Stunde ein Contumacial-Antrag der allein erschienenen Partei aufgenommen wird.

Der zweite Absatz des §. 605 der P.O. schreibt im allgemeinen vor, daß die Partei das Versäumte noch nachholen könne, ehe der richterliche Ausspruch der Folgen der Versäumniß ihr eröffnet worden sei. Durch den Schlußsatz des §. 229 der P.O. ist die Anwendbarkeit dieses allgemeinen Satzes auf das mündliche Verfahren ausgeschlossen. Denn in diesem gilt nach §. 229 die besondere Vorschrift, daß nach Umlauf der zur Verhandlung bestimmten Stunde eine solche Nachholung nur dann möglich,

wenn die Verhandlung mit der rechtzeitig erschienenen Partei nicht schon geschlossen ist.

Stf.

V.

Betrügliche Ausfüllung von Blanketten.

§. 434 St.G.B.

Der pensionirte Regierungsrevisor D. war beschuldiget, ein leeres Blatt Papier, worauf sein vormaliger Dienstknecht Joseph Urnau ohne alle Absicht oder doch zu einem ganz anderen Zwecke seinen Namen geschrieben hatte, durch Ausfüllung des freien Raumes vor der Namensunterschrift in gewinnsüchtiger Absicht zur Erlangung eines Beweismittels über die in der That nicht erfolgte Zahlung einer aus Liedlohn herrührenden Capitalschuld von 173 fl. nebst Zinsen an den Genannten benützt und die verfertigte Urkunde zur Entkräftung der Forderungsansprüche seines Gläubigers gerichtlich geltend gemacht zu haben. Das Hofgericht des Seekreises war der Ansicht, daß hier nicht der §. 434, sondern der §. 430 St.G.B. Anwendung finde und verurtheilte den Angeschuldigten wegen Fälschung einer Privaturkunde aus Gewinnsucht zu einer Arbeitsstrafe von einem Jahr und zu einer Geldstrafe von 300 fl.

In der Rekursbeschwerde wurde vom Angeschuldigten das Urtheil in seinem ganzen Inhalte angefochten, insbesondere behauptet, daß es an dem objektiven Thatbestand des Verbrechens der Urkundenfälschung fehle, da die Voraussetzungen des §. 430 nicht vorhanden seien.

In der Vernehmlassung auf die Rekursbeschwerde erklärte die Staatsbehörde hierauf: Wenn auch der §. 430 keine Anwendung finden sollte, so wäre doch jedenfalls der §. 434 anwendbar. Wer ein Blankett oder eine blos mit der Namensunterschrift versehene Urkunde, mag sie ihm anvertraut oder sonst in seine Hände gekommen sein, in rechtswidriger Absicht mit einem andern Inhalte ausfüllt, als wozu die Urkunde bestimmt war, begeht ohne Zweifel eine Urkundenfälschung.

Aschbach, Commissionsbericht S. 15.

Das großh. Oberhofgericht trat dieser Ausführung bei und bestätigte das hofgerichtliche Urtheil. In den oberhofgerichtlichen Motiven ist gesagt: „Es unterliegt keinem Zweifel, daß die Handlung, welche dem Angeschuldigten zur Last gelegt wird, unter die Bestimmung des §. 434 St.G.B. fällt, wornach derjenige, der ein Blankett, gleichviel auf welche Weise er in dessen Besitz gelangt ist, zum Zwecke der Verübung eines Betrugs in gewinnsüchtiger Absicht mit einem andern Inhalte, als wozu es bestimmt war, ausfüllt und davon Gebrauch macht, als der Fälschung schuldig bestraft werden soll.

Haager.

VI.

Erstreckt sich das Wohnungsrecht einer ledigen Weibsperson auch auf deren uneheliche Nachkommenschaft?

(Mit Bezug auf die L.R.S. 628. 629. 632 u. 633 und Annalen VIII. 67.)

Bei Beantwortung obiger Frage wird man zuvörderst die Landrechtsätze 628 u. 629 ins Auge zu fassen haben. Diese besagen nämlich, daß die Rechte der Wohnung vor allem ihre Bestimmungen aus dem Inhalte des Rechtstitels, der sie gibt, erhalten, welche Bestimmungen von größerm oder kleinerm Umfang sein können; und erst wenn der Rechtstitel den Umfang dieser Rechte nicht ausdrückt, kommen die nachfolgenden Grundsätze, darunter also auch die in L.R.S. 632 und 633 zur Anwendung. Wenn nun eine ledige Weibsperson nach ihrem Rechtstitel nur für ihre Person ein Wohnungsrecht anzusprechen hat, sie dasselbe aber auch für ihre unehelichen Kinder beanspruchen und ausüben will, so muß sie auf Betreiben des Hauseigenthümers die Kinder entfernen, ohne Rücksicht auf die nachfolgenden Bestimmungen im Gesetze wegen der Familienangehörigen, weil der Umfang ihrer Rechte nach Ansicht des L.R.S. 628 auf ihre Person beschränkt ist, und die Beschränkung gegen den Inhalt des Rechtstitels nicht überschritten werden darf.

Noch bestimmter tritt die Absicht, jedes Familienglied, also auch uneheliche Kinder auszuschließen, hervor, wenn es in dem Rechtstitel der Wohnung heißt, wie dies auch vorkommt, daß einer Person nur für ihren Kopf das Wohnungsrecht eingeräumt sei. Ja in einem solchen Falle ist kein Unterschied zwischen ehelichen und unehelichen Kindern. So hat das großh. Hofgericht in Frei-

burg J. S. der Marie P. gegen Ursula C. Ausübung eines Wohnungsrechts am 1. Februar d. J. entschieden und in den Entscheidungsgründen gesagt, daß die Beklagte, falls sie ihre Kinder nicht anderwärts unterbringen könne oder wolle, das Haus der Klägerin mit diesen zu verlassen habe, „ein Fall, der ganz ebenso eintreten kann, wenn einem Vater oder einer Mutter eheliche Kinder ein Wohnungsrecht nur für seine Person eingeräumt ist, was doch das Gesetz, vergl. L.R.S. 628. 629, zugibt."

Anders wird sich aber die Sache verhalten, wenn Jemanden ein Wohnungsrecht ohne weitere Einschränkung für die Dauer seines ledigen Standes zugesichert ist. Hier kommen nach meinem Dafürhalten die im allegirten Aufsatze der Annalen VIII. p. 67. und 68 aufgestellten Grundsätze zur Anwendung, wenn eine solch berechtigte Weibsperson uneheliche Kinder hat.

Denn diese Person ist trotz der unehlichen Kinder noch ledig, und die Anwendung der Sätze 632 und 633 auf das durch die Kinder hervorgerufene Familienverhältniß widerstreitet der Einschränkung ihres Rechtstitels nicht. Zu diesem Falle könnten also weder die Mütter mit den Kindern, noch diese allein aus dem belasteten Hause vertrieben werden.

H.

VII.

Beschwerdesumme.

Deren Brechnung nach §. 1125 der Pr.O.

Annalen XX. 283.

In der Gant des Martin Schmidt von Schwalenberg wurde gegen die conformen Urtheile der vordern Instanzen wegen einer Forderung des Julius Riand von 500 fl. nebst Zinsen zu 5 pCt. vom 1. September 1851 die Oberappellation ergriffen und der Antrag gestellt, mehrere Forderungen anderer Gläubiger, welche zusammen über 1000 fl. betragen, theils nachzusetzen, theils gänzlich abzuweisen.

Es fragte sich nun, ob die nach §. 1192 der Pr.O. erforderliche Beschwerdesumme von 1000 fl. als vorhanden angenommen werden könne?

Die Ansichten hierüber waren getheilt. Für die Bejahung der Frage machte man geltend: Wenn auch in Ansehung des Rangstreits nur die Forderung von 500 fl. in Betracht kommen könne, so verhalte es sich doch anders bezüglich des Antrags auf Abweisung.

Die letztere komme allen Gläubigern zu gut und so fern der oberappellantische Theil, was hier nicht zu untersuchen sei, als legitimirt erscheine, diesen Antrag zu stellen, sei die Existenz dieser Forderung mit ein Streitgegenstand, den der oberappellantische Theil nicht blos für sich, sondern auch für die andern Gläubiger verfolge, weshalb derselbe mit in Berechnung kommen müsse.

Durch oberhofgerichtliches Erkenntniß vom 15. September l. J. wurde jedoch das Rechtsmittel als unstatthaft verworfen und zwar aus folgenden

Gründen:

In Erwägung, daß die Oberappellanten zwei gleichförmige Urtheile gegen sich haben, der Gegenstand der vom großh. Hofgerichte verworfenen Beschwerden daher den Werth von 1000 fl. erreichen muß, §. 1192 Pr.O.;

In Erwägung, daß die Oberappellanten mit den in der vordern Instanz aufgestellten und in dieser Instanz wiederholten Beschwerden mehr nicht bezwecken, als der Forderung des J. Riand zu Lahr, für welche sie haftbar sind, durch Bekämpfung der von den Oberappellaten angemeldeten Forderungen, beziehungsweise des ihre Rangordnung bestimmenden Ordnungsbescheids, aus dem Vermögen der Gantmasse zur Befriedigung zu verhelfen;

In Erwägung, daß demnach, weil es sich für die Beschwerdeführer nur um den Gewinn oder Verlust der ersteren handelt, auch nur der Werth dieser und nicht jener der letzteren bei der Berechnung der Appellations- und Oberappellations-Summe in Anschlag kommt, §. 1125 Pr.O.;

In Erwägung, daß die Forderung des J. Riand mehr nicht als 500 fl. beträgt und die erst seit dem 1. September 1851 rückständigen Zinsen die Ordinationssumme nicht zu ergänzen vermögen.

Aus diesen Gründen 2c.

D. R.

VIII.

Die neueste Ausgabe des Landrechts.

Die soeben im Verlag der Chr. Fr. Müller'schen Hofbuchhandlung in Carlsruhe erschienene neue Ausgabe des Landrechts, deren Text von großh.

Justiz-Ministerium als amtlich anerkannt, ist gewiß für jeden Praktiker eine erwünschte Erscheinung.

In dieser Ausgabe, worin die aufgehobenen oder geänderten Theile des Landrechts in ihrer ursprünglichen Gestalt im Texte beibehalten, die Aenderungen aber in Anmerkungen bezeichnet sind, findet man unter dem Text am Schlusse jeder Seite bis auf die neueste Zeit fortgeführt, bei dem betreffenden L.R.S. die einschlägigen Gesetze und im Reg.-Bl. abgedruckten Verordnungen nicht allein mit Jahrgang und Nummer des bezüglichen Reg.-Bl., sondern auch zugleich mit Datum und Betreff des angeführten Gesetzes oder der Verordnung angegeben. Wo es in Kürze geschehen konnte, ist der Inhalt der einschlagenden Bestimmung beigefügt.

Ein Anhang enthält den vollständigen Abdruck aller Gesetze, welche das Landrecht ändern oder ergänzen.

Das Register ist auch auf die Einführungsedicte und die im Anhang abgedruckten Gesetze ausgedehnt.

Aus dieser kurzen Darstellung der Einrichtung der neuen Ausgabe ist deren große, die Anwendung des Landrechts wesentlich erleichternde Zweckmäßigkeit zu entnehmen.

Der Herr Verfasser verdient für die Pünktlichkeit, Vollständigkeit und Zuverlässigkeit seiner mühevollen und mit anerkennungswerther Umsicht durchgeführten Arbeit den Dank der Rechtsgelehrten unseres Landes. Auch ist zu erwarten, daß der Verlagshandlung durch raschen Absatz des Buchs, dessen typographische Ausstattung nichts zu wünschen übrig läßt, der ihr für ihren sehr großen Mühe- und Kostenaufwand zu wünschende Erfolg nicht fehlen werde.

Stf.

IX.

Erkenntniß über Einreden.

§§. 316. 317. 335. 1128. 2 P.O.

Eine Einrede, mit welcher die Vernehmlassung verbunden worden, ist nach vollständig gepflogener Verhandlung in dem dispositiven Theil des Endurtheils nicht mehr besonders zu verwerfen, sondern wie jede andere Einrede nur in den Entscheidungsgründen zu beleuchten.

Der Beklagte, dessen Antrag auf Abweisung der Klage entsprochen wurde, hat keine Veranlassung, gegen die im Urtheil mit ausgesprochene Verwerfung einer Einrede ein Rechtsmittel zu ergreifen.

Die Verwerfung einer Einrede im Endurtheil hat die Natur von Entscheidungsgründen; gegen solche ist aber ein Rechtsmittel weder von rechtlichem Interesse noch überhaupt zulässig.

Stf.

X.

Curiosum.

Ein Bürge, der bei einer Liegenschaftsversteigerung für den Steigerer eines Wirthshauses Garantie geleistet hatte, erhob am 6. Oktober 1853 bei dem Oberamt N. Klage auf Schadloshaltung. — Auf erfolgtes Anerkenntniß des Schuldners erging am 15. November 1853 ein unbedingter Befehl des Inhalts:

„Dem Beklagten wird aufgegeben, den Kläger „für die Bürgschaftsschuld von 4200 fl. verzins„lich zu 5 pCt. vom Tage der Versteigerung „zahlbar zu 1/3 baar, das Uebrige in den Termi„nen Martini 1853, 1854 und 1855, sowie „solche verfallen ist, binnen 14 Tagen bei Ver„meidung der Vollstreckung schadlos zu halten."

Ohne eine Verfügung im Sinne des §. 945 P.O. zu erwirken, reichte der Bürge am 30. Mai d. J. ein Vollstreckungsarrestgesuch ein. Diesem Antrage entsprechend erließ das großh. Oberamt N. am 13. Mai d. J. sub. No. 15,183 folgenden wortgetreuen Beschluß:

1) „Zu Gunsten der kläger'schen Forderung wird Beschlag verfügt auf das dem Beklagten auf dem Sonnenwirthshause zu N. zustehende **Personal**wirthschaftsrecht und wird dem Gemeinderath in N. aufgegeben, einem Verpachtungsvertrag über erwähntes Recht bei Vermeidung eigener Haftbarkeit die Gewährung zu versagen.

2) Nachricht hievon dem Beklagten mit der Auflage, den Kläger binnen 14 Tagen zu befriedigen, widrigens zu Gunsten des letzteren das mit Beschlag belegte Recht verpachtet würde."

Alles getreulich und ohne Gefährde!

N.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXI. **No. 37.** **Mannheim,** 9. September **1854.**

I.

Ueber die Auslegung des §. 221 unseres Strafgesetzbuches.

In meiner Schrift über den Thatbestand der Verbrechen, habe ich S. 50. 51 diesen §. *) mit der Bemerkung aufgenommen, daß der Gesetzgeber den Fall vor Augen habe, „wo es an dem Beweise des Thatbestandes der Tödtung gebricht, das Gesetz demnach das vorsätzlich hülflose Gebären und Verbergen oder Beiseitschaffen des Kindes, zu einem selbstständigen Verbrechen erhebt und mit einer dieser Uebelthat angemessenen Strafe belegt." Ich glaubte nicht, daß sich bei der Anwendung desselben eine Meinungsverschiedenheit ergeben werde, und enthielt mich darum jeder weitern Erörterung. Aus einer Mittheilung in den Annalen (Jahrg. 1854 No. 19 S. 141 ll.) entnehme ich jedoch, daß über die Auslegung dieses Gesetzes wirklich Zweifel entstanden sind. Die ledige Franziska Kopp von D. hatte nämlich ein Kind vorsätzlich hilflos geboren und auf die Seite geschafft, indem sie solches „in einer Kammer hinter dem Stalle vergrub." „Später bezeichnete sie die Stelle, wo sie das Kind vergraben hatte, und wo es auch gefunden wurde."

Nach dem gerichtsärztlichen Gutachten hat es nach der Geburt gelebt, sein Tod, der durch Schlagfluß erfolgte, steht im ursachlichen Zusammenhang mit dem Hergang der Geburt selbst, und ist zunächst dem Sturze desselben auf den Stubenboden, sodann, wiewohl weniger, der zur Beförderung der Geburt von der Wöchnerin angewandeten Hilfe zuzuschreiben.

Die Anklagekammer verwies die Sache wegen fahrlässiger Tödtung (§. 212 des St.G.B.) zur Erledigung an das Hofgericht. Dieses erklärte die Angeklagte der absichtlich hilflosen Niederkunft für schuldig; nachdem das großh. Oberhofgericht sein früheres Erkenntniß: „daß wegen Unzulänglichkeit des Beweises kein Grund zur weitern gerichtlichen Verfolgung wegen fahrlässiger Kindestödtung oder absichtlich hilfloser Niederkunft vorliege," aufgehoben hatte. Bezüglich auf dieses letztere im Recurswege beseitigte Erkenntniß soll sich die Ansicht, „daß der §. 221 sich nur auf die Fälle beziehe, wo das Kind verborgen bleibe, nicht aber auf jene, wo es wieder zu Vorschein komme," geltend gemacht haben. Es wird dabei auf meine Note zu §. 266 hingewiesen, aus welcher mein Einverständniß mit jener Ansicht hervorzugehen scheine. *)

*) Sein Inhalt ist folgender: Hat eine außereheliche Mutter vorsätzlich hilflos geboren und ihr Kind verborgen oder bei Seite geschafft, so wird sie, wenn nicht zu ermitteln ist, ob das Kind lebend oder lebensfähig oder todt geboren, oder, in so fern es gelebt hat und lebensfähig war, ob dasselbe in Folge der Hilflosigkeit bei der Niederkunft um das Leben gekommen sei oder nicht, mit Gefängniß bestraft.

*) Der §. 266 handelt von dem Verbrechen der Aussetzung hilfloser Kinder ꝛc., wogegen ich erinnerte: „Die Commission der zweiten Kammer hat sich in eminenter Majorität zu dem Antrag auf Streichung dieses Paragraphen, nach welchem der Thäter mit einer weit höhern als der fur die Aussetzung angedrohten Strafe belegt werden soll, vereiniget, weil, wie überhaupt die Strafbarkeit durch das Dasein des Thatbestandes eines Verbrechens bedingt ist, so auch eine Erhöhung der Strafbarkeit nicht von ungewissen, blos möglich nachtheiligen Folgen einer Handlung, oder von einem bloßen Zufall des nicht wieder zum Vorscheinkommens abhängig gemacht werden solle."

Die Strafe ist ein wirkliches, gewisses Uebel; darum sollte allerdings der Erfolg, den man dem Thäter zur Strafe (beziehungsweise zur höhern Strafe) zurechnet, ein wirklicher, gewisser, nicht aber ein blos möglicher und ungewisser sein.

Wie leicht ist es möglich (ich bediene mich der Worte des Gesetzes), daß ein solchergestalt ausgesetztes Kind, oder die hülflose Person, trotz der Wahrscheinlichkeit ihres Todes nach der Urtheilsfällung, oder während der Dauer der Strafzeit, oder nach bereits erstandener Strafe, wieder zum Vorschein kömmt! — Und womit läßt sich in

Diese Mittheilung giebt mir Anlaß, mich über die gedachte Strafbestimmung näher auszusprechen.

Bei dem *Kindsmord* müssen nach den strafrechtlichen Bestimmungen unseres Gesetzbuches fünf Fälle unterschieden werden.

Erster Fall.

Die Angeschuldigte hat ihr neu geborenes Kind absichtlich getödtet, und zwar dadurch, daß sie demselben

a) *während* oder gleich *nach* der Geburt Verletzungen beibrachte, welche dessen Tod verursachten, oder

b) dadurch, daß sie sich in die Lage versetzte, „in der sie bei der Niederkunft der erforderlichen Hilfe entbehrte, in der Absicht und Erwartung, daß hiedurch, und in Folge der Hilflosigkeit der Tod des Kindes herbeigeführt werde, oder in der Absicht ihre Lage sonst zur Tödtung desselben zu benützen, und daß sofort in Folge dieser Hilflosigkeit, dasselbe bei der Niederkunft um das Leben gekommen ist.“

In dem Falle sub. a. kommt der §. 215 (beziehungsweise auch der §. 216), in dem sub. b. hingegen der §. 218. 2. zur Anwendung.

Zweiter Fall.

Sie hat ohne die Absicht, das Kind zu tödten, durch Handlungen, welche sich als fahrläßige charakterisiren lassen, jenen verbrecherischen Erfolg herbeigeführt.

Dieser Fall ist nach §. 220 dann vorhanden, wenn sie sich ohne eine gegen das Leben des Kindes gerichtete Absicht in die Lage versetzt, in der sie bei der Niederkunft der erforderlichen Hilfe entbehrte, und wenn in Folge der von ihr vorsätzlich herbeigeführten Hilfslosigkeit bei der Niederkunft ihr Kind um das Leben kömmt.

Dritter Fall.

Sie hat ein lebendes und lebensfähiges Kind geboren, welches wirklich noch lebt, oder eines natürlichen Todes gestorben ist.

In diesem Falle kann nur von einem *Versuche*, nicht aber von Culpa oder von der *Bestrafung der heimlichen Niederkunft*, insofern eine solche statt hatte, die Rede sein. Ein Versuch liegt insbesondere vor, wenn bei der *vorsätzlich**) hilflosen Niederkunft der Tod des Kindes durch *andere* dazwischen getretene, von ihrem Willen unabhängige, Umstände abgewendet wurde.“ §. 218 [1].

Vierter Fall.

Sie hat ein todtes Kind zur Welt gebracht.

Hier kann es sich wieder nur um einen Versuch oder um ein Verbrechen handeln, welches außerhalb dem Bereiche des hier in Frage stehenden Verbrechens liegt.

Fünfter Fall.

Sie hat ihr Kind in einem ihr zum Vorsatz zuzurechnenden hilflosen Zustand geboren, sofort unmittelbar nach der Geburt verborgen oder bei Seite geschafft, und hierdurch den Grund zu dem Verdacht des Kindsmords gelegt.

Dieß ist der Fall, auf welchen der §. 221 des St.G.B. sich bezieht.

Der Gesetzgeber wollte das vorsätzlich hilflose Gebären und Verbergen des Kindes aus Gründen der Gesetzgebungspolitik strafrechtlich verfolgen. *) Allein es wurden der Tragweite des Gesetzes Schranken gesetzt; dasselbe sagt nicht: *die vorsätzliche Niederkunft und das Verbergen oder Beiseitschaffen des Kindes wird bestraft*, sondern es sagt: *jene Handlungen werden bestraft, wenn nicht zu ermitteln ist, daß* 2c. — und nun kommen zwei Voraussetzungen, welche die Strafbarkeit der That begründen, und deren Mangel sie wieder aufhebt. Die Anwendbarkeit des §. 221 hängt hiernach lediglich von der Frage ab: *ist in dem der Beurtheilung unterstellten fünften Falle das Leben des Kindes bei der Geburt — beziehungsweise der Eintritt seines Todes nach der Geburt, sodann der Causalnexus mit der*

---

einem solchen Falle das Gesetz entschuldigen, welches, indem es mögliches Unrecht zu verhüten sucht, wirkliches Unrecht begeht?

Zum Theil trifft dieser Vorwurf auch den §. 221 des Str.G.B. (s. §. 11 d. Schr.). Allein beide Fälle sind doch sehr verschieden. Einmal ist dort blos Gefängnißstrafe angedroht, während der §. 266 Arbeitshaus nicht unter einem Jahr androht; dann wird es einer Mutter, welche ihr Kind verborgen, oder bei Seite geschafft hat, leichter werden, sich der Inlqnität des Gesetzes dadurch zu entziehen, daß sie das Kind wieder zum Vorschein bringt, als der Person, welche in der Folge der Aussetzung jede Spur von ihm verloren hat. Endlich hat der § 221 eine wirklich verbrecherische Handlung: das vorsätzlich hilflose Gebären und Verbergen oder Beiseitschaffen des Kindes zum Gegenstande, der §. 266 hingegen nur die vielleicht zufällige Folge des Verbrechens: das nicht mehr zum Vorscheinkommen eines ausgesetzten Kindes.

*) Der Gesetzgeber hat hier, was auch schon von Andern gerügt wurde „*absichtlich*“ mit „*vorsätzlich*“ verwechselt. Der §. 218 bedient sich nämlich des Ausdruckes: „absichtlich,“ während die §§. 220 und 221 mit Recht den Ausdruck: „vorsätzlich“ gebrauchen.

*) S. meine Note zu §. 221 S. 51 m. Schr.

vorsätzlich hilflosen Niederkunft ermittelt.

Die affirmative Beantwortung schließt die Anwendung des Gesetzes aus, die negative verschafft ihr Eingang. *)

Wäre daher ermittelt: a. daß das Kind todt geboren wurde, b. daß es zwar gelebt und lebensfähig war, aber wirklich noch lebt, oder eines gefährlichen Todes starb, c. daß dessen Tod in Folge einer absichtlichen (d. i. zum Zwecke der Tödtung) oder vorsätzlich herbeigeführten hilflosen Niederkunft eingetreten, d. daß derselbe das Produkt anderer dem Kinde während oder nach der Geburt beigebrachten tödtlichen Verletzungen ist, e. oder daß er durch andere dazwischen getretene Umstände abgewendet wurde — dann könnte der §. 221 nicht zur Anwendung kommen, mit andern Worten: eine Verurtheilung der Angeklagten auf den Grund dieses Gesetzes nicht erfolgen. In diesen Fällen fehlt entweder der Thatbestand des Kindsmordes, oder der Thatbestand eines dolosen oder kulposen Kindsmordes ist vorhanden, oder es liegt ein anderes Verbrechen, jedenfalls aber die verbrecherische Handlung nicht vor, welche eine Subsumtion des Falles unter dem §. 221 gestattet.

Von einer Nothwendigkeit des Zusammenhanges der Verbergung des Kindes mit den von dem Gesetze bezeichneten Fällen der Ungewißheit oder von einer Andeutung des Gesetzgebers, daß er sich der Strafandrohung nur als Impelle zur Wiederbeischaffung des Kindes bedient habe, daß demnach mit der Erreichung dieses Zweckes die Wirksamkeit des Strafgesetzes aufhöre, findet sich überall keine Spur.

Es konnte nicht in der Absicht des Gesetzgebers liegen, ein solches Zwangsmittel geltend zu machen, denn abgesehen davon, daß es verschiedene das Leben des Kindes auf keine Weise gefährdende Gründe gibt, welche die Mutter bestimmen können, ihre Niederkunft mit einem undurchdringlichen Schleier zu bedecken, mußte er wohl einsehen, daß seine Strafbestimmung nicht zureiche, die Auslieferung des Kindes in dem Falle zu bewirken, wo die Beiseitschaffung desselben geschah, um die Entdeckung und Bestrafung des Kindsmords zu vereiteln.

Das nicht wieder zum Vorscheinkommen des auf die Seite geschafften Kindes ist allerdings ein Hinderniß der Ermittelung obiger Thatfragen, dieses Hinderniß ist jedoch weder das Einzige, noch ist dasselbe nur durch die Herbeischaffung allein zu überwinden. Das wieder zum Vorscheinkommen des Kindes wird jenes Hinderniß nicht in allen Fällen heben, während bei dem nicht wieder zum Vorscheinkommen desselben das Leben oder der Tod und der Causalzusammenhang durch Geständniß, Zeugen rc. ermittelt werden kann.

Das Gesetz mußte somit beiden Fällen Rechnung tragen. Dient das Erstere dazu, die Inculpatin zu entschuldigen, so wird sie sich beeilen, das Kind aus seinem Versteck hervorzuholen, und sich von dem Verdacht des Kindsmordes, der auf ihr lastet, zu reinigen und die Einstellung des weiteren gerichtlichen Verfahrens oder ihre Freisprechung zu bewirken.

Ich theile deßhalb die Ansicht, welche sich in der Rekurs-Instanz geltend machte. Insoweit aber nicht die lex lata, sondern die lex ferenda in Frage gestellt wird, kann ich meinen früher ausgesprochenen Tadel nicht zurücknehmen.

Die Gesetzgebungspolitik verlangt nicht, daß man jede Handlung mit Strafe bedrohe, welche den Verdacht eines groben Verbrechens begründet. Hätte ich hierin Unrecht, so müßte das Gesetzbuch noch gar Vieles nachholen, was es zu beachten versäumt hat. Will man

die Verheimlichung der Schwangerschaft,
die vorsätzlich hilflose Niederkunft, ohne
oder in Verbindung mit dem Verbergen des
Kindes

als gemeingefährliche Handlungen unter das Strafgesetz stellen, so thue man dieß der Gemeingefährlichkeit wegen, wodurch sie sich vor andern Handlungen dieser Art auszeichnet, und nicht aus Rücksicht auf den Verdacht des Kindsmordes, welcher sich daraus ableiten läßt.

Man bestrafe nämlich die gemeingefährliche That, nicht ihre Folgen, welche, wie sie anders vorerst ermittelt sind, deren Strafbarkeit nur erhöhen aber nicht vermindern oder aufheben können.

Bestraft man sie, wie aus der Beschränkung hervorgeht, des Verdachtsgrundes wegen, so bildet nicht die

*) In dem Falle, welchen die Annalen mittheilen, war man bezüglich auf Leben, Lebensfähigkeit und Tod des Kindes im Klaren. Auch der Zusammenhang des Erfolges mit der vorsätzlich hilflosen Niederkunft scheint mir nachgewiesen, insofern man von dem Gerichtsarzte nicht das Unmögliche verlangt. Die Sache scheint sich also eher zur Subsumtion unter den §. 220 geeignet zu haben, da die Voraussetzungen des §. 221 fehlen. Ich will mir jedoch aus Mangel an hinreichender Kenntniß der Materialien kein Urtheil über die hofgerichtliche Entscheidung erlauben.

bestrafenswerthe Handlung, sondern der durch jene Handlung begründete Verdacht des Kindmordes den Gegenstand des Strafgesetzes, und wir kommen auf solche Weise zu einer Anomalie, die man nur dadurch, daß man dem §. 221 eine andere Fassung gibt, vermeiden kann.

Die Fassung, welche ich vorschlagen möchte, besteht darin:

„Trifft die vorsätzlich hilflose Niederkunft mit dem Verbergen oder bei Seiteschaffen des Kindes zusammen, so wird die außereheliche Mutter selbst dann mit Gefängniß bestraft, wenn die That unter Umständen statt hatte, welche keinen Verdacht des Kindsmords begründen, oder wenn erwiesen ist, daß weder eine weitere sträfliche Absicht, noch ein strafbarer Erfolg vorliegt.“

Diese allgemeine — unbedingte Bestrafung jener Handlungen, deren Gemeingefährlichkeit Niemand bestreiten wird, verlangt der §. 221 nicht, und dieß ist's was ihm nach meiner Ansicht zum Vorwurf gereicht *)

Wer sich bei zweifelhaften Fällen in den Discussionen der beiden Kammern Raths erholen will, muß mit der größten Behutsamkeit zu Werke gehen. Die Einen (Bekk und Jolly) bestrafen die That, weil sie der Natur der Sache nach den Verdacht des Kindsmords begründet; Andere (insbesondere Trefurt und Junghanns) weil sie gemeingefährlich, und an und für sich — also abgesehen von dem Erfolge — strafbar sei. **)

Die Fassung, wie sie als Zusatz zu §. 201 des Entwurfes (§. 220 St.G.B.) aufgenommen wurde, und nach dem Dafürhalten des Abgeordneten Welker die ersten juristischen Grundsätze verletzt, entspricht der ersten Auffassung.

Man wird deßhalb sich umsomehr an den Wortlaut, der die Strafbarkeit von dem Eintreten bestimmter Voraussetzungen abhängig macht, halten müssen, da die Unterstellung einer allgemeinen — unbedingten Strafbarkeit der von dem Gesetze bezeichneten That, auch mit dem Commissionsbericht des Abgeordneten Zentner (Bemerkung zu No. 1. §. 200 des Entwurfes, §. 218 Abs. 1. St.G.B.) und dem Commissionsbericht des Abgeordneten Trefurt (Bemerkung zu demselben §.) im Widerspruch steht.

v. Kettenaker.

---

*) Wer wird den freien Verkehr mit giftigen Substanzen verbieten, die Uebertretung des Verbots aber nur in dem Falle mit Strafe bedrohen, wenn man nicht weiß, ob davon Gebrauch gemacht worden und welche Folgen daraus entstanden sind!

**) In diesem Sinne hat unser älteres Strafedict §. lit. d. die Verheimlichung der Schwangerschaft und die hilflose Niederkunft mit einer Zuchthausstrafe von 3 Monalen bedroht und die Erhöhung der Strafe gestattet, wenn es sich zeigte, daß das Kind wirklich Schaden gelitten hat. Diese Strafbestimmung entsprach nicht nur der Absicht des Gesetzgebers, welcher die hilflosen Niederkunften ohne — also abgesehen von ihren Folgen — unterdrücken will; sie leistete der Gerechtigkeitspflege auch in dem Falle wesentliche Dienste, wo das Schwanken der Gerichtsärzte in der Beantwortung der Frage über den Zusammenhang des Schadens mit der hilflosen Geburt dem Richter das Ueberschreiten des Minimums erschwerte.

II.

Fortsetzung des in No. 10 der Annalen des laufenden Jahres mitgetheilten Rechtsfalles J. S. des Reichard-Janillon gegen die Stadtgemeinde Mannheim wegen Entschädigung.

(Gesetz vom 1. April 1848, Reg.-Bl. No. XXI.)

Gegen das abweislich verbescheidende Urtheil des mittelrheinischen Hofgerichts vom 8. November v. J. ergriff der Kläger die Berufung an das Oberhofgericht. Sowohl das Stadtamt, als das Hofgericht und Oberhofgericht in Manheim hatten, weil deren Mitglieder zu den staatsbürgerlichen Einwohnern von Mannheim gehören, den vorliegenden Rechtsstreit für eine eigene Sache angesehen, und deßhalb das Richteramt in demselben abgelehnt. Aus diesem Grunde waren das Oberamt Bruchsal, und das mittelrheinische Hofgericht, zu den urtheilenden Gerichten von großh. Justizministerium bestimmt worden. Nach ergriffener Oberberufung wurde auf den Grund des §. 72 Pr.O. aus Mitgliedern der Hofgerichte für den Oberrhein- und Seekreis der oberste Gerichtshof gebildet.

Das von diesem Gerichtshofe im letzten Rechtszuge erlassene Urtheil vom 12. September l. J. wies den Kläger mit seinen Entschädigungsansprüchen ebenfalls ab. Dieses Erkenntniß ist motivirt durch folgende

Entscheidungsgründe.

Abgesehen davon, daß Kläger selbst die Thäter — von welchen in einer größern zusammengerotteten Menge oder in einer bewaffneten Vereinigung Mehrerer während des Zeitraums vom 15. bis 23. (19.) Juni 1849 mit offener Gewalt der behauptete Schaden in seiner Bad-

und Wirthschafts-Anstalt „zur Rheinlust" ihm zugefügt worden sei — nicht mit Bestimmtheit als Einwohner der Stadtgemeinde Mannheim im gesetzlichen Sinne des Wortes bezeichnet, sondern in der Klage anführt:

„Der bessere Theil der Mannheimer Einwohner-„schaft habe sich zu jeglichem energischem Unterneh-„men zu schwach gefühlt, indem der andere Theil „mit dem rohen Umfuge sympathisirte, und sollen „auch Mitglieder der Bürgerwehr selbst bei der „Zerstörung und Beraubung der Rheinlust thätig „gewesen sein." —

Später dagegen — hiervon abweichend — nach bereits eingekommener Vernehmlassung der Beklagten auf eine unterrichterliche Vorverfügung im Allgemeinen blos vag angab:

„Die Thäter seien — soviel Kläger erfahren „konnte — Einwohner von Mannheim, aus der „unteren Volksklasse, jedenfalls der Mehrzahl nach „gewesen; und mögen auch — aufgereizt und ver-„anlaßt durch Mannheimer Einwohner — damals „zu Mannheim in Garnison gelegene Solda-„ten und Volkswehrmänner Theil genom-„men haben," —

und daß insofern schon die — Beklagter Seits bestrittene — Passiv-Legitimation thatsächlich einigermaßen mangelhaft begründet erscheint, so ergibt sich im Uebrigen aus dem Klagvortrage und aus den bisherigen Verhandlungen, daß vorwürfiger Entschädigungsanspruch nicht zu Recht besteht.

Nach der kläger'schen Darstellung des Sachverhalts soll nämlich die fragliche Beschädigung zu einer Zeit geschehen sein, wo die badische Revolution, insbesondere, was die Stadt Mannheim betreffe, ihren Culminations-Punkt erreicht hatte, und zwar gelegentlich einer Kriegs-Operation, ausgeführt bei gewaltsamer Besitznahme der Rheinlust, als eines strategischen Punkts — von rohen meist betrunkenen Menschen — von bewaffneten Volkshaufen — bei gleichzeitiger Anwesenheit der damaligen revolutionären Befehlshaber in Mannheim, gegenüber den in Ludwigshafen befindlichen königlich preußischen Truppen, — also zu einer Zeit und unter Umständen, wo offenkundig die verfassungsmäßige Staatsgewalt und deren Vollzugs-Organe im Großherzogthum Baden, insbesondere in der Stadt Mannheim und deren Umgebung, factisch außer Wirksamkeit gesetzt, und die dortigen Einwohner der despotischen Gewalt der das badische Land mit Terrorismus beherrschenden revolutionären Machthaber deren Agenten und Werkzeugen Preiß gegeben gewesen, — ja sogar das Standrecht von der revolutionären Regierung mit diktatorischer Gewalt verkündet war.

(vl. die s. g. Regierungsblätter während der Revolution in Baden insbesondere No. 13, 17.)

Daß nun aber ein unter den erwähnten Verhältnissen entstandener derartiger Schaden ein solcher sei, für welchen das in der Klage angerufene Gesetz vom 1. April 1848, (Reg.-Bl. No. XXI.) die Gesammtheit der Bürger und stadtbürgerlichen Einwohner Mannheims haftbar erkläre, ist, ohne demselben eine — über den wahren Willen des Gesetzgebers hinaus sich erstreckende — maßlose Tragweite einzuräumen, nicht anzunehmen. —

Jenes Gesetz — über dessen Entstehung, Grund und Zweck, Geist und Sinn die landständischen Protocolle der II. Kammer de 1848 (Heft III. S. 146. 232 — 253 und Beil.-Heft VI. S. 357. 361 — 368) und der I. Kammer de 1847/48 (Heft I. S. 236 — 243 und Beil.-Heft S. 270. 272;) die von den Gerichten zu berücksichtigende authentische Quelle enthalten, ist unverkennbar ein temporäres Ausnahme-Gesetz — veranlaßt durch damalige verbrecherische Gewaltthätigkeiten in einzelnen Landesgegenden, und unterliegt daher an und für sich einer einschränkenden Auslegung. —

Hiernach beruht zwar dasselbe als ein zusammenhängendes Ganzes aufgefaßt — hauptsächlich auf der — wieder in das Leben gerufenen — altgermanischen Idee einer Gesammt-Bürgschaft der Gemeindegenossen, — einer Art wechselseitiger (zwangsweisen) Assecuranz (auch Schutz- und Trutz-Bündniß genannt), beziehungsweise auf dem Prinzip einer Verschuldung, und bezweckte das persönliche Interesse der Gemeindebürger und Staatsbürger — deren patriotischer Eifer und Muth unter gleichzeitiger Erlassung des Gesetzes vom 1. April 1848, Reg.-Bl. No XX. — die Errichtung einer Bürgerwehr im Großherzogthum Baden betreffend — belebt und gestärkt werden sollte — für Aufrechthaltung der öffentlichen Ruhe und Ordnung in den Gemeinden durch die ihnen auferlegte Verantwortlichkeit für die privatrechtlichen Folgen von gewissen Verbrechen in's Mitleiden zu ziehen; — sowie auch eine moralische Wirkung — gerichtet ge-

gen communistische Bestrebungen — hervorzubringen, jedoch, wie sich schon der Natur der Sache nach von selbst versteht, und einer weisen Gesetzgebungs-Politik angemessen ist, nicht schlechthin und unter allen Umständen, sondern — insoweit die besagte Idee überhaupt mit den staatlichen und socialen Zuständen vereinbarlich war, — in Verbindung mit den damals bestandenen und in Aussicht gestellten Staats- und Gemeinde Einrichtungen, bei deren fortdauernder — nicht blos gesetzlichen, sondern auch factischen — Geltung im Lande, und insbesondere unter der Voraussetzung, daß den bürgerlichen und staatsbürgerlichen Einwohnern im Allgemeinen (wenn auch nicht gerade in einem einzelnen Falle) die Möglichkeit gegeben war, verbrecherische, offen hervortretende Angriffe auf Person oder Eigenthum mittelst thatkräftigen Einschreitens einträchtig zusammenwirkend mit den Organen der legitimen Staatsgewalt — zu verhüten oder abzuwenden. (Art. 1 bis 5. 9 und 10 des angeführten Gesetzes, Reg.-Bl. No. XXI.)

Hierüber spricht sich auch die ständische Commission der II. Kammer am Eingange ihres deßfallsigen Berichts deutlich aus.

Vergleicht man hiemit die notorischen Zustände und Verhältnisse im Großherzogthum Baden, namentlich in Mannheim, zu der bezeichneten Zeit, so stellen solche die schroffsten Gegensätze hievon dar.

Die oberste großh. Staatsregierung war der Leitung der öffentlichen Angelegenheiten gewaltsam beraubt, und außer Stande, den Staatsangehörigen den gesetzlichen Schutz zu gewähren, insbesondere durch Verwendung des stehenden Heeres, des Gendarmerie-Corps und der Bürgerwehr zu deren gesetzmäßigem Berufe — vielmehr die badische Armee selbst im Dienste der revolutionären Machthaber, und von diesem auch die Bürgerwehr zur Verfolgung und Erreichung revolutionärer Zwecke mißbraucht, die öffentlichen Behörden und Bediensteten, welchen die Ueberwachung und Handhabung der persönlichen Eigenthumssicherheit zunächst oblag, waren aus ihrem gesetzlichen Wirkungskreise verdrängt, und statt derselben s. g. Civilcommissäre der Umsturzpartei und deren Agenten in gebieterischer Thätigkeit, der öffentliche verfassungstreue Geist war gewaltthätig unterdrückt, und namentlich die Stadt Mannheim nebst Umgebung von einer staatsfeindlichen Kriegsmacht — im Kampfe mit den kön. preuß. Truppen — militärisch besetzt und beherrscht — offenbar in einer Lage des Nothstandes, wo die Bürger und staatsbürgerliche Einwohner selbst des Staats-Schutzes dringend bedurften, und entbehren mußten, ohne dem Kläger ihrer Seits die gewünschte Hülfe leisten zu können, und wobei auch die in der Klage bezeichnete Verübung der Beschädigung selbst unter den obwaltenden Umständen nicht als offen erkennbar sich zeigte. —

Ungerechtfertigt erscheint die Unterstellung, als habe der Gesetzgeber mit Erlassung des erwähnten Gesetzes vom 1. April 1848 beabsichtigt, der Gesammtheit der bürgerlichen und staatsbürgerlichen Einwohner einer Gemeinde unter so ganz außerordentlichen, und unvorgesehenen Umständen — wie den erörterten — selbst bei völliger Anarchie des Landes die Pflicht zur werkthätigen Verhinderung von gewaltthätigen Beschädigungen der fraglichen Art, und eine deßfallsige Entschädigungsverbindlichkeit aufzuerlegen. —

Hiernach gebricht es an wesentlichen Voraussetzungen, um das Gesetz vom 1. April 1848 für den vorliegenden Fall maßgebend und anwendbar zu betrachten, und mußte daher obiges Urtheil erlassen werden.

Otf.

III.

Ueber das Einsprachsrecht der Gläubiger bei Vermögensabsonderungen.

Zur Erläuterung des L.R.S. 1447.

Entscheidungsgründe zu dem oberhofgerichtlichen Urtheil vom 23. Mai 1854.

J. S. Sauerbeck und Diffene ꝛc. gegen Wieser.

Nach den mit den vorgelegten Amts- und Amts-Revisorats-Akten übereinstimmenden Erklärungen beider Theile wurde die Beklagte durch amtliches Urtheil vom 14. Mai 1852 für berechtigt erklärt, ihr Vermögen von dem ihres Mannes abzusondern, dieses Urtheil aber schon am 26. desselben Monats in der Art in Vollzug gesetzt, daß die Beklagte für ihr auf 3200 fl. berechnetes Einbringen sowohl das liegenschaftliche Vermögen des Ehemannes im Anschlag von 15,500 fl. als auch sämmtliche vorhandene Fahrnisse gewerthet zu 1440 fl. 40 kr. gegen Uebernahme mehrerer Schulden im Betrage von 15,045 fl. 42 kr. an

Zahlungsstatt zugewiesen erhielt, so daß ihr noch ein Restguthaben von 1341 fl. 2 kr. verblieb, wegen dessen sie sich ihre Rechte vorbehielt.

Die Kläger, die als Gläubiger des Ehemannes der Beklagten für die Summe von 1448 fl. 15 kr. hierbei nicht berücksichtigt werden, fechten diesen Vollzugsakt als zum Nachtheil und zur Gefährdung ihrer Rechte bewerkstelligt an und bitten denselben aufzuheben. Diese ihre Bitte ist auch durch die oben angeführten unbestrittenen Thatsachen im Hinblick auf L.R.S. 1447 als rechtlich begründet und erwiesen zu erachten.

Hiernach hat der Ehemann der Beklagten dieser zur Befriedigung ihrer Forderung sein ganzes Vermögen, wenn auch mit der Verbindlichkeit einige der darauf ruhenden Schulden zu übernehmen, an Zahlungsstatt abgetreten. Dazu war derselbe jedoch nicht befugt, weil das Vermögen eines Schuldners das gemeinschaftliche Unterpfand aller seiner Gläubiger bildet, L.R.S. 2093, weil ebendarum die Abtretung des sämmtlichen Vermögens nur an alle Gläubiger geschehen kann, L.R.S. 1263, wodurch alsdann der Richter die Veranlassung erhält, durch Eröffnung der Gant einzuschreiten, §. 778 No. 1 der P.O., damit eine der Größe aller vorhandenen Forderungen und deren gesetzlichen Vorrang entsprechende Vertheilung des Vermögens stattfinde. —

Auch die Beklagte war nicht berechtigt auf diesem Wege ihre Befriedigung weder zu verlangen, noch anzunehmen, indem, was jenes betrifft, die Vermögensabtretung etwas ganz anderes ist, als die Zahlung, die sie allein an ihren Schuldner ansprechen konnte, hinsichtlich dieses aber die Ueberschuldung ihres Ehemannes, wie für diesen so auch für sie offen vorlag, sie also Beide wußten, daß dadurch die Rechte der von ihr nicht mitübernommenen Gläubiger verletzt werden.

Oberhofg. Jahrb. XIII. S. 45 folgende.

Läge nicht schon in dieser unberechtigten Hingabe des ganzen überschuldeten Vermögens an Zahlungsstatt ein hinreichender Beweis einer die Kläger benachtheiligenden gefährdevollen Handlungsweise, so würde er sich aus der eilfertigen Bereitwilligkeit des Ehemanns der Beklagten noch vollends ergeben, durch welche es möglich wurde, nach 12 Tagen von Einreichung der Klage an, das Urtheil auf Vermögensabsonderung schon zu vollziehen, — eine Erscheinung, die deutlich genug auf eine fraudulöse Collusion beider Eheleute hinweist.

Hiergegen und für die Aufrechthaltung des Vollzugsaktes läßt sich die Bestimmung des L.R.S. 1595 nicht anführen. —

Wenn sie die Abtretung von Liegenschaften zur Befriedigung der abgesonderten Ehefrau ausnahmsweise für zulässig erklärt, so ist sie noch weit davon entfernt, die Abtretung aller Liegenschaften nicht nur, sondern des ganzen übrigen Vermögens unbedingt und in allen Fällen, insbesondere in dem zu gestatten, wenn die Rechte der Gesammtheit der ehemännlichen Gläubiger in Frage stehen.

Ebensowenig sprechen für die Beklagten die L.R.S. 1443. 1444, denn das Rechtsmittel der Vermögensabsonderung ist der Ehefrau wohl gegeben, damit sie sich in Zeiten vor den nachtheiligen Folgen einer gefahrdrohenden Vermögenslage des Mannes zu schützen vermag; nicht aber dazu, daß sie diese Gelegenheit zur Hintansetzung anderer Gläubiger in ihrem Vortheile benütze. —

Namentlich drücken die Worte „die nach Kräften des männlichen Vermögens wirklich erfolgte Befriedigung" in dem zweiten jener Sätze nicht die Befugniß der Ehefrau aus, das ganze Vermögen des Mannes, soweit es zu ihrer Befriedigung nöthig, unter allen Umständen an sich nehmen zu dürfen, sondern haben die Bedeutung, daß der Vollzug der gerichtlich erkannten Vermögensabsonderung, soweit das männliche Vermögen die Mittel dazu darbiete, zu Ende geführt sein müsse, wenn sie gültig sein soll.

Vergl. Bedarride, du dol et de la fraude, T. I. No. 12. —

Endlich ist es unrichtig, wenn die Beklagte behauptet, die Kläger seien aus dem Grunde gar nicht benachtheiligt, weil wegen des ihrer Forderungen zur Seite stehenden Unterpfandsrechtes die Kläger auch in einem Concursverfahren nichts erhalten haben würden. Denn einmal sind ihr auch sämmtliche vorhandene Fahrnisse und darunter solche an Zahlungsstatt zugewiesen, auf welche sie keinerlei Vorrecht anzusprechen hat.

Darauf, ob dieselben einen größeren oder geringeren Werth haben, ob sie durch die Competenzansprüche der Beklagten oder die Kosten des Gantverfahrens ganz oder theilweise absorbirt würden, kommt es hier nicht an, und könnte begreiflicher Weise in dem gegenwärtigen Prozesse nicht einmal ermittelt werden. Auch war es nicht Sache der Kläger, sich speciell darauf zu berufen, welche Fahrnisse zur Gantmasse zu ziehen seien, ihre Klage war vielmehr durch die oben erwähnten Anführungen vollständig begründet und an der Beklagten wäre es gewesen, es dar-

zuthun, wenn etwa alle vorhandenen Fahrnißstücke zu ihrem Rückforderungsvermögen gehört hätten.

Sodann aber besteht die Verletzung der Rechte der Kläger überhaupt gerade darin, daß die überschuldete Vermögensmasse nicht auf dem oben angezeigten Wege verwiesen, und das später immer mit den Forderungen des Klägers concurirende Restguthaben der Beklagten statt durch den Richter, durch sie selbst und ihren Ehemanne willkürlich festgestellt wurde, weßhalb, hingesehen auf die aus dem eingehaltenen Verfahren hervorgehende gefährdevolle Absicht, selbst dann eine Benachtheiligung der Kläder als angezeigt zu betrachten sein würde, wenn dieselben in der That auch bei der concursmäßigen Vertheilung des jetzt vorhandenen Vermögens leer ausgehen sollten.

Kah.*)

IV.

Können Legitimationspapiere Gegenstand eines civilrechtlichen Sicherheitsarrestes sein?

Diese Frage wurde aus folgenden Gründen verneint:

In Erwägung, daß der §. 650 der P.O. ausdrücklich verordnet, daß der dingliche Arrest immer nur auf Sachen gelegt werden kann, welche Gegenstand der Vollstreckung sein können;

In Erwägung, daß nach §. 935 der P.O. der Richter keine anderen Vollstreckungsmittel verfügen darf, als die in dem Gesetz über das Vollstreckungsverfahren für zulässig erklärten Vollstreckungsmittel;

In Erwägung, daß der §. 949 der P.O. jene Vollstreckungsmittel zur Betreibung von Geldforderungen bezeichnet, und wenn dort von Pfändung der Fahrnisse die Rede ist, darunter selbstverständlich nur solche Fahrnisse gemeint sein können, welche einen bestimmten Geldwerth darstellen und nach den Vorschriften des Vollstreckungsverfahrens zur Befriedigung des Klägers als Zahlungsmittel dienen können, worauf auch schon der Schlußsatz des §. 646 der P.O. in dem Worte: „Vermögenstheile" hindeutet 2c.

*) Großh. Amtmann in Heidelberg.

V.

Verhältniß des L.R.S. 334 zum L.R.S. 340.a.

Aus dem Nachlasse eines gewissen Emanuel Kreuzer beanspruchte der am 8. Oktober 1819 unehelich geborene Augustin Kreuzer (nach dem Namen seiner natürlichen Mutter auch Aug. Beha genannt) auf den Grund des L.R.S. 757 die Hälfte, weil er von dem ohne Abkömmlinge nur mit Hinterlassung mehrerer Geschwister verstorbenen Erblasser als natürliches Kind anerkannt sei, wie er durch eine Reihe von Urkunden aus den Jahren 1837. 1850 und 1851 nachzuweisen bemüht war, welchen beklagterseits entgegengehalten wurde, daß sie, obwohl ächt, den Erfordernissen des L.R.S. 334 nicht entsprechen.

Um die Klage dennoch aufrecht zu erhalten, berief sich der Kläger im Laufe der Verhandlungen auf den L.R.S. 340a. indem er geltend machte, daß durch die vorgelegten Urkunden wenigstens ein freiwilliges Geständniß des Erblassers nachgewiesen und dazu eine öffentliche Urkunde im Sinne des L.R.S. 334 nicht erforderlich sei.

Hiernach müßte man annehmen, daß der L.R.S. 340a den L.R.S. 334 wesentlich motificire und schon die in einer blosen Privaturkunde niedergelegte Anerkennung für genügend erkläre.

Der oberste Gerichtshof hielt jedoch diese Ansicht nicht für richtig, und wies den Kläger ab, weil hier nicht die Vaterschaftsklage, sondern die Erbschaftsklage vorliege und letztere sich darauf stütze, daß der Kläger ein schon anerkanntes natürliches Kind des Erblassers sei, ohne daß der Beweis hiefür durch eine öffentliche Urkunde, welche die Anerkennung in bestimmten Worten ausdrückt, geliefert werden konnte.

D. R.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXI. **No. 38.** Mannheim, 16. September **1854.**

I.

1) Untheilbarkeit eines Streitgegenstandes.
2) Untrennbarkeit der Verhandlung und Entscheidung über ein und denselben Streitgegenstand.

L.R.S. 6 n. 1217. Pr.O. §§. 89. 91.

Schindler gegen Greiff.

Die geschiedenen Eheleute Fr. A. Schindler hatten die Zwangsversteigerung eines ihnen gehörigen Hauses und Gartens wegen dabei unterlaufener Formfehler mit der Klage des §. 1021 der Pr.O. gemeinschaftlich angefochten.

Nach gepflogener Verhandlung erkannte der Unterrichter am 5. Sept. 1853:

„Die klagenden Eheleute seien mit der erhobenen Klage abzuweisen."

Auf die von den Klägern eingewandte Berufung wurde dieses Urtheil, so weit die geschiedene Ehefrau des Fr. A. Schindler dagegen appellirt hat, unterm 30. Novbr. 1853 von großh. Hofgerichte bestätigt.

Das Erkenntniß über die — im nämlichen Libelle eingeführte — Appellation des Ehemannes Schindler blieb ausgesetzt, weil vorerst noch das Fragrecht über einen von ihm speciell geltend gemachten Anfechtungsgrund ausgeübt wurde.

Die hofgerichtliche Bestätigung beruht auf der Ansicht, daß die von der Frau erhobene Anfechtungsklage theils nicht mehr zulässig, theils nicht erwiesen sei.

Die hofgerichtlichen Entscheidungsgründe schließen mit dem Satze:

„Da nun die fraglichen Liegenschaften unbestrittenermaßen Miteigenthum der geschiedenen Schindler'schen Eheleute sind, die von der Frau erhobene Klage mithin nur die Aufhebung der Versteigerung im Betreff der ihr daran zugestandenen Hälfte zum Gegenstand haben konnte, und da nach dem Vorigen die Anfechtungsklage der geschiedenen Ehefrau durch die beiden von ihr geltend gemachten Gründe nicht gerechtfertigt ist, so erscheint die Klägerin durch das unterrichterliche Urtheil nicht beschwert rc."

Hiergegen ergriff die Ehefrau Schindler das Rechtsmittel der Oberberufung und stellte zuvörderst den Antrag:

die Akten an das großh. Hofgericht mit dem Auftrage zurückgehen zu lassen, auch dem Ehemann Schindler gegenüber die Appellationsverhandlungen durch Erlassung des Urtheils abzuschließen.

In der Hauptsache wurde gebeten, abändernd zu erkennen:

daß der Versteigerungsact vom 29. April 1853, durch welchen dem Beklagten das Wohnhaus der Eheleute Schindler zugeschlagen ward, als nichtig aufzuheben sei.

In Folge der mündlichen Verhandlung, welche sich nicht blos auf die Vorfrage, sondern auch auf die Hauptsache erstreckte, erließ der oberste Gerichtshof am 2. Okt. l. J. folgendes

Erkenntniß.

In Erwägung, daß die beiden Kläger, Schindler und dessen geschiedene Ehefrau, als Miteigenthümer eines ungetheilt gemeinschaftlichen Hauses die im Zwangswege erfolgte Versteigerung desselben wegen Formwidrigkeiten anfechten;

in Erwägung, daß hiernach die Gültigkeit oder Ungültigkeit dieses Rechtsgeschäfts den Streitgegenstand bildet, und dieser Streitgegenstand sowohl nach der Natur der Sache als nach der Bestimmung des L.R.S. 6 n. als untheilbar erscheint, wenn auch das Miteigenthum am Hause selbst ideell getheilt ist, weil die behauptete Nich-

tigkeit nicht blos einen Theil des Versteigerungsaktes, sondern diesen in seinem ganzen Umfange berührt;

in Erwägung, daß bei einem untheilbaren Streitgegenstand, den mehrere Personen zugleich verfolgen, eine Aburtheilung pro rata in besonderen Erkenntnissen nicht statt finden kann;

in Erwägung, daß die gegenwärtige Oberappellation der Schindlerschen Ehefrau gegen ein Urtheil gerichtet ist, welches sie allein und zwar bezüglich des ihr zustehenden Antheils am Hause mit der Nichtigkeitsklage abweißt, während in zweiter Instanz über die Nichtigkeitsklage des andern Klägers noch weiter verhandelt und erkannt werden soll;

in Erwägung, daß jedoch über diese Oberappellation bei der Untheilbarkeit des Streitgegenstandes eine besondere Entscheidung nicht erfolgen kann, so lange nicht auch bezüglich des zweiten Klägers ein Urtheil zweiter Instanz ergangen ist;

in Erwägung, daß hiernach der erste Antrag des Oberappellanten, daß die Entscheidung über die Oberappellation der Schindler'schen Ehefrau ausgesetzt werden soll, bis auch bezüglich des andern Klägers ein Urtheil ergangen ist, als wohl begründet erscheint;

aus diesen Gründen wird

verfügt:

1) Es sei das Erkenntniß über die Oberappellation der geschiedenen Schindler'schen Ehefrau, geb. Willy, auszusetzen, bis in der zweiten Instanz über die Appellation des A. Schindler erkannt ist.
2) Seien die Akten dem großh. Hofgerichte zur Erlassung dieses Erkenntnisses zurückzusenden.

Bemerkung.

Da die versteigerten Liegenschaften zwischen den Schindler'schen Eheleuten nicht real abgetheilt sind, so läßt sich gar nicht ermitteln, über welche ideelle Hälfte das hofgerichtliche Urtheil entschieden hat.

Sollte dagegen die Versteigerung für den Antheil des Mannes als nichtig aufgehoben werden, dann müßte wieder die Frage entstehen, welches dieser Antheil und wie namentlich das Haus zu theilen sei, dessen Untheilbarkeit sich aus den Verhandlungen ergibt, nach welchen es einstöckig und klein ist.

Schwerlich dürfte sich auch der Steigerer, welcher die ganzen Liegenschaften gekauft hat, mit dieser oder jener Hälfte begnügen, weil sie für seinen Zweck unbrauchbar und werthlos sein kann. Daß aber der Steigerer nicht schuldig wäre, sich statt des Ganzen, nur die eine Hälfte zuweisen zu lassen, versteht sich wohl von selbst.

Beide Kläger haben als Streitgenossen den Akt vom 29. April 1853 angefochten und auch gegen das amtliche Urtheil, welches beide mit der Klage abweißt, in Gemeinschaft die Appellation eingeführt.

Eine Trennung der Verhandlungen konnte nach Ansicht des §. 91 der Pr.O. nicht statt finden, weil nur ein Streitgegenstand vorliegt. Wie in erster, so hätte auch in zweiter Instanz über die Gültigkeit oder Ungültigkeit der fraglichen Versteigerung durch ein und dasselbe Urtheil erkannt werden sollen.

Die Sache kommt nur dadurch wieder ins rechte Geleise, daß der Richter dritter Instanz die Entscheidung über die Oberappellation der Frau Schindler einsweilen suspendirt, bis der ganze Prozeß vom Hofgerichte erledigt ist, um nicht etwa auf die Oberappellation eines jeden Streitgenossen über denselben Gegenstand besonders verhandeln und urtheilen zu müssen.

D. Red.

II.

Der Paragraph 14 des ersten Constitutionsedikts vom Jahr 1807, die kirchliche Staatsverfassung des Großherzogthum Badens betreffend, in seinem Verhältniß zu der neueren Strafgesetzgebung, insbesondere zu dem Preßgesetz.

Die Verhandlungen der Preßprozesse, welche gegen einzelne in Folge des Kirchenconfliktes auftretende Schriftsteller und andere für Preßvergehen haftbare Personen anhängig wurden, haben verschiedene Streitfragen aus dem Gebiete des Preßgesetzes zu Tage gefördert, und zur Entscheidung gebracht. Nun ist wieder eine Streitfrage aufgetaucht, welche wegen ihrer Wichtigkeit für die neuere Strafgesetzgebung überhaupt, wohl der öffentlichen Besprechung würdig ist. Die Ueberschrift dieses Aufsatzes zeigt den Gegenstand der Streitfrage, welche in folgendem Falle angeregt wurde:

In der Tharta'schen Verlagshandlung zu Schaffhausen erschien ein Buch mit dem Titel: „Die Universität Freiburg. „Aktenmäßige Darstellung meiner Entfernung vom theo-

„logischen Lehramte an derselben" u. s. w. Als Verfasser derselben war auf dem Titel Dr. Schleyer genannt. Der Staatsanwalt am großh. mittelrheinischen Hofgerichte erhob gegen Dr. Schleyer, vormaligen Professor an der Universität Freiburg, Anklage wegen des durch die Herausgabe dieses Buches verübten Vergehens der Gefährdung der öffentlichen Ruhe und Ordnung. Das großh. Stadtamt Karlsruhe, bei welchem die Anklage erhoben worden war, erkannte: daß Grund zur gerichtlichen Verfolgung vorhanden sei, und lud den Angeklagten auf den 21. Juni 1854 vor, um sich auf die Anklage persönlich zu verantworten, mit dem Androhen, daß bei seinem Ausbleiben, oder bei verweigerter Antwort die in der Anklageschrift vorgetragenen Thatsachen für zugestanden angesehen, und weitere Vertheidigungsmittel nicht mehr zugelassen werden sollen. Die Ladung wurde durch den Gerichtsboten behändigt. Der Angeklagte reichte ein Ablehnungsgesuch gegen die Untersuchung führenden Beamten ein; die Führung der Untersuchung wurde unter Verwerfung des Ablehnungsgesuchs auf Ansteben des abgelehnten Untersuchungsrichters einem andern Beamten übertragen, welcher dem Angeklagten die Auflage machte: „sich den 14. Juli, Morgens 8 Uhr, dahier einzufinden, indem bei seinem Ausbleiben oder" (wörtlich wie oben nach §. 42 Pr G.) Der Angeklagte erschien nicht. Nachmittags kam jedoch eine Vertheidigungsschrift ein, welche der Untersuchungsrichter, „da der Angeklagte zum persönlichen Erscheinen vorgeladen war," lediglich zu den Akten gehen ließ. In der Vertheidigungsschrift und in dem Begleitschreiben war über die Art der Vorladung nichts bemerkt. Diese war durch den Gerichtsboten behändigt worden, und als dessen Zustellungsbeurkundung einkam, wurde verfügt, es seien die vorgetragenen Thatsachen für zugestanden anzusehen, und weitere Vertheidigungsmittel nicht mehr zuzulassen.

Hiergegen remonstrirte der Angeklagte, jedoch nur aus dem Grunde, weil er die Antwort ja nicht verweigert, sondern in der Vertheidigungsschrift gegeben, daher die eine der alternativen Auflagen erfüllt habe, mit dem Beisatze: „Sollte ich hierin irren, und das persönliche Erscheinen eine unerläßliche Formalität sein, so bitte ich mich hievon umgehend benachrichtigen zu wollen" u. s. w. Der Untersuchungsrichter erwiderte, daß, da der Angeklagte zum persönlichen Erscheinen vorgeladen gewesen, die schriftliche Erklärung nicht als der Auflage entsprechend angesehen werde. Zehn Tage später reichte der Angeklagte bei dem Stadtamte eine weitere Eingabe ein, an deren Schluß es heißt: „Meine durch stadtamtlichen Beschluß ausgesprochene „Vorladung zum persönlichen Erscheinen betreffend, so „erlaube ich mir wiederholt*) auf die meines Wissens „durch kein nachfolgendes Gesetz aufgehobene Bestimmung „des §. 14 des Constitutionsedikts vom 14. Mai 1807 zu „verweisen, und mich gegen jedes deßfallsige Präjudiz zu „verwahren, wenn nicht gleichzeitig eine Benachrichtigung an das erzbischöfl. Dekanat Lahr in Niederschopfheim erfolgt ist, da ich sonst als investirter Pfarrer, „der seine Pfarrei ohne kirchenobrigkeitlichen Urlaub auch „nicht auf einige Tagen verlassen darf, am persönlichen „Erscheinen jeweils durch höhere Gewalt gehindert bin."— Das Amt legte die Untersuchung als geschlossen dem Gerichtshofe vor, welcher von der gleichen Ansicht ausgehend nach §. 46 d. Pr. G. Tagfahrt zur mündlichen Verhandlung anberaumte. Auch diese Ladung wurde nur dem Angeklagten und zwar durch den Gerichtsboten behändigt. Nun reichte das Dekanat Lahr dem großh. Hofgerichte einen Schriftsatz ein, worin gesagt ist, Dr. Schleyer habe mehrmals**) das Stadtamt Karlsruhe darauf hingewiesen, nach §. 14 des Constitutionsediktes vom J. 1807 den Dekan von den Ladungen in Kenntniß zu setzen, und ihn mit einzuladen. Zugleich wird das Nichterscheinen Schleyers gebilligt, der bei seiner Investitur geschworen habe, sich „von seiner Pfarrei ohne obrigkeitliche Erlaubniß niemals „zu entfernen, und also sich eines Disciplinarvergehens „schuldig gemacht hätte, wenn er ohne ausdrückliche Ermächtigung der geistlichen Aufsichtsbehörde, oder wenigstens ohne vorhergegangene officielle Benachrichtigung „der letzteren von der verfügten Vorladung von Seite der „Untersuchungsbehörde der Ladung Folge geleistet hätte?" Es wird nun ausgeführt, daß der einzelne Kirchendiener auf das der Kirche in §. 14 gewährte Recht gar nicht verzichten könne, und daraufhin das Gesuch gestellt: „daß „die Ladungsdekrete des Stadtamts Karlsruhe v. 13. Juni „u. 8 Juli und die in Folge derselben, oder in Folge ihrer Nichtbefolgung erlassenen Verfügungen — wegen „Nichtbeachtung von Vorschriften, von welchen die Rechtsbeständigkeit des ganzen Verfahrens abhängt, aufzuheben und — das großh. Stadtamt anzuweisen sei, die „Vorschrift des §. 14 zu beobachten." Der Gerichtshof theilte hierauf dem Dekanate einfach eine Abschrift der Ladungsverfügung zur Kenntnißnahme mit.

*) Es geschah hier zum ersten Male. D. E.

**) Ebenfalls aktenwidrig. D. E.

Von Seiten des Angeklagten wurde noch eine Vertagungsbitte eingereicht, indem er hervorhob, daß auch von Seiten des Gerichtshofes dem allegirten §. 14 *) nicht Genüge geschehen sei. In dieser Eingabe heißt es unter Anderm: „Es handelt sich um mehr, als um die „Ausschlußverfügung des großh. Stadtamtes Karlsruhe; „es handelt sich mit um den letzten Rest der kirchl. „Immunität, welche dem Klerus in Baden eben in „dem §. 14 der Kirchenconstitution noch geblieben ist Das Concil von Trient bezeichnet die kirchliche Immunität als „Dei ordinatione et canonicis sanctionibus constituta, „und die zur Auslegung der Bestimmungen dieses Con„cils bestehende Kongregation in Rom hat schon längst „entschieden, daß der einzelne Geistliche auf ein Standes„recht nicht verzichten könne, cum in favorem totius or„dinis pronunciatum sit. Ich würde also mein Gewissen „verletzen und nach §. 12 des Kirchenconst.Ediktes, da das „Concil von Trient unbezweifelt eine „symbolische Schrift“ „der katholischen Kirche ist, der kirchlichen Strafge„walt anheim fallen, wenn ich die in Frage stehenden „kirchlichen Standesrechte, nachdem ich sie einmal kennen „gelernt, und in Anspruch genommen habe, freiwillig wieder „aufgeben würde.

2) „Der Schluß des Kirchenconstitutionsediktes,*) „also höhere Gewalt verbietet mir auf das Strengste — „der hofgerichtlichen Ladung Folge zu leisten, denn dieser „Schluß lautet: Geistliche und weltliche Angehörigen u. s. „w.“ (Siehe Note!)

Der Gerichtshof verwarf die Vertagungsbitte, räumte einer gegen diese Entschließung gerichteten Rekursanzeige keinen Suspensiveffekt ein und verurtheilte nach stattgehabter mündlicher Verhandlung, wobei sich der Angeklagte allerdings weder in Person noch durch einen Vertreter einfand, dem Antrag der Staatsbehörde gemäß, indem er die Ausschlußverfügung des Untersuchungsrichters aufrecht erhielt, den Angeklagten wegen Gefährdung der öffentlichen Ruhe und Ordnung zu 3 Monat auf der Festung zu erstehender Gefängnißstrafe.

Die Entscheidungsgründe, insoweit sie unsere Frage betreffen, sagen hierüber:

„Es wird ferner eingewendet:

2) Nach §. 14 des kirchl. Constitutions-Edikts vom Jahr 1807 sei der Angeklagte nicht in gültiger Weise vorgeladen worden.

Dieser §. 14 verordnet: „Die Behörde kann — unverschiebliche Nothfälle ausgenommen — keine Kirchen- oder Schuldiener zum persönlichen Erscheinen vorladen, ohne eine Benachrichtigung und Miteinladung zur Beiwirkung von der unmittelbaren geistlichen Aufsichtsbehörde, z. B. des Land-Dekanaten rc. erlassen zu haben, damit

*) Es wird dienlich sein, diesen vielallegirten §. 14 seinem ganzen Wortlaute nach hier beizusetzen:

„Kirchliche Gerichtsbarkeit.

14. Jede richterliche Gewalt, die in Sachen des Gewissens oder der Erfüllung der Religions- und Kirchenpflichten einer Kirche nach ihren symbolischen Büchern und der darauf gegründeten Verfassung nöthig ist, bleibt ihr ungeschmälert, so lange sie solche nicht zum Nachtheil des Staatszweckes mißbraucht. Hingegen keine Strafgerichtsbarkeit über weltliche Vergehen der Kirchendiener und geistlichen Personen, oder gar der weltlichen Kirchenglieder, auch keine Streitgerichtsbarkeit über weltliche Angelegenheiten der Kirchenangehörigen, und keine Rechtspolizei kann von der Kirchengewalt irgend einer Kirche oder deren Inhabern und Verwaltern fernerhin ausgeübt werden. Solche gehören allein derjenigen Staatsbehörde, deren die bestehende, oder künftig ergehende Staatsgesetze diese Gattung von Gegenständen zur Erkenntniß zu weisen. Jedoch kann diese Behörde — unverschiebliche Nothfälle ausgenommen — keinen Kirchen- oder Schuldiener zur persönlichen Erscheinung vorladen, weniger noch irgend eine Verhaftung seiner Person, oder eine Verkrümmung der innerhalb seiner Wohnung befindlichen Familienglieder, oder Vermögensstücke vornehmen, ohne eine Benachrichtigung und Miteinladung zur Beiwirkung an die unmittelbare geistliche Aufsichtsbehörde, z. E. den Landdechanten — erlassen zu haben, damit diese dafür wache, daß nichts dem Ansehen des Amtes, oder dem Interesse der Kirche Nachtheiliges dabei unterlaufe, welches namentlich auch bei Vermögensbeschreibungen und Verlassenschaftsbesiegelungen statt findet.“

*) Die Schlußsanktion lautet: Wenn wie nun hiemit diejenigen Grundsätze festgesetzt haben, aus welchen die Bande der Einigkeit zwischen Staat und Kirche hervorgehen, und wechselseitig Rechte und Pflichten beurtheilt werden sollen, deren nähere Ausführung durch die dazu erforderliche organische Gesetze Wir zu bestimmen unserer Staatsbehörde überlassen, erklären Wir zu dessen Behuf jede damit streitende Verordnung der gemeinen, bürgerlichen oder kirchlichen Rechte nach den älteren oder neueren Landesverordnungen für aufgehoben und kraftlos und gestatten diesen Gesetzen allen keine weitere Wirkung, als die Begründung einer Analogie zur näheren Bestimmung oder Anwendung des Sinns dieser Verordnung, wo sie etwa deren bedürftig wäre. Zu dem Ende verkündigen Wir jene Grundsätze anmit einstweilen zu Jedermanns Wissenschaft und Nachachtung mit dem Vermelden, daß vom 1. August dieses Jahrs an die verbindliche Kraft dieser Constitution ihren Anfang nehme, sofort Unsere Minister, Räthe und Diener, auch Angehörige, geistliche und weltliche, von da in allen ihren Amts- und Privathandlungen sich bei Strafe der ewigen und unverjährbaren Nichtigkeit jeder Entgegenhandlung, und bei schwerer persönlicher Verantwortlichkeit genau darnach achten und benehmen, auch von uns selbst dagegen mit Rath und That etwas auszuwirken sich nicht unterfangen sollen. Das meinen Wir ernstlich. — Karl Friedrich.

dieser dafür wache, daß nichts dem Ansehen des Amts oder dem Interesse der Kirche Nachtheiliges dabei unterlaufe."

Aber abgesehen von der Frage, ob diese gesetzliche Bestimmung, die das großh. Stadtamt Karlsruhe nicht zur Anwendung brachte, mit den neueren Gesetzen in Strafsachen und namentlich in Preßsachen noch vereinbarlich ist, indem diese in der Voruntersuchung allgemein nur den Untersuchungsrichter und den Aktuar zulassen — macht jedenfalls die Unterlassung der Benachrichtigung des Dekanats die Vorladung und die darauf erfolgte Ausschlußverfügung nicht ungiltig.

Hätte der §. 14 des Constitutions-Edikts eine solche Wirkung beabsichtigt, so hätte er eine Vorladung durch Vermittlung der Aufsichtsbehörde anordnen müssen.

Nach Inhalt jenes §. 14 erhält aber der Vorgeladene davon, ob die Aufsichtsbehörde von der Vorladung benachrichtigt werde, keinerlei Kenntniß, seine Pflicht zu erscheinen kann also von einer solchen Benachrichtigung auch nicht abhängig sein. —

Es liegt der Vorschrift nur eine dienstliche Rücksicht zu Grunde und die Unterlassung der Benachrichtigung, wo die Vorschrift noch anwendbar ist, könnte im einzelnen Fall nur eine Rüge, nicht aber eine Ungültigkeit der Vorladung zur Folge haben. Die Aufsichtsbehörde könnte, wenn bei der ohne ihre Anwesenheit stattgehabten Verhandlung etwas Dienstliches unbeachtet geblieben wäre, die deßfallsige Nachholung beantragen und der Vorgeladene selbst könnte, wenn er die Mitwirkung der Aufsichtsbehörde auch in seinem Interesse nöthig fände; diese selbst von der Vorladung rechtzeitig in Kenntniß setzen, daß sie ihre Beiziehung zur Verhandlung veranlasse, oder er könnte der vorladenden Behörde selbst sein dießfallsiges Ansinnen vortragen und um einstweilige Vertagung bitten.

Alles dieses ist aber hier nicht geschehen, und der Angeklagte hat gegen die Vorladung vom 8. Juli d. J. wegen unterlassener Benachrichtigung des Dekanats nicht remonstrirt, sondern nur in der, nach abgelaufener Tagfahrt und abgelassener Ausschlußverfügung eingetroffenen Eingabe vom 13. Juli d. J. einfach auf den §. 14 Constitutions-Edikt aufmersam gemacht, und erst später, als die Ausschlußverfügung bereits rechtskräftig war, in einer Eingabe vom 27. Juli d. J. für den Fall, daß jener §. 14 nicht beachtet worden sei, eine Verwahrung eingelegt. Auch in der nachher am 31. August d. J. dahier eingekommenen Vorstellung des Dekanats vom 30. des v. M. ist, ohne Bezeichnung dienstlicher Momente, welche bei der Vernehmlassung des Angeklagten hätten berücksichtigt werden sollen, nur darauf hingewiesen, daß der Angeklagte als Kirchendiener ohne obrigkeitliche Erlaubniß von der Pfarrei sich nicht hätte entfernen dürfen. Um eine solche Erlaubniß und um einstweilige Fürsorge für seinen Dienst nachzusuchen, war dem Angeklagten nicht benommen, aber das richterliche Verfahren war davon nicht abhängig und konnte dadurch nicht aufgehalten werden.

Aus diesen Gründen, und da der §. 14 des kirchl. Constitutions-Ediktes die Unterlassung einer Benachrichtigung der Dienstbehörde jedenfalls mit keiner Nichtigkeit bedroht und bei dem Nichtvorhandensein einer solchen Bedrohung die Wirkung eines Mangels nach L.R.S. 6 k. vom richterlichen Ermessen abhängt, im vorliegenden Falle aber die Unterlassung einer Benachrichtigung des Dekanats auf das Nichterscheinen des Angeklagten keinen Einfluß hatte, indem er nicht wegen jener Unterlassung, sondern wegen seiner Ansicht, daß eine schriftliche Vertheidigung genüge, ausgeblieben ist, und er, wie aus der Eingabe vom 27. Juli d. J. hervorgeht, selbst damals noch nicht einmal wußte, ob die Benachrichtigung des Dekanats erfolgt, oder unterblieben sei, erscheint auch die zweite Einwendung gegen die Rechtsbeständigkeit der Ausschlußverfügung nicht als begründet."

Das großh. Hofgericht hat nach diesen Entscheidungsgründen den §. 14 des Kirchen-Edikts dahin ausgelegt, daß durch ihn nur dienstliche Verhältnisse geordnet, daß aber ein säumiger Angeschuldigter durch die Nichtbeobachtung der Vorschrift keineswegs gerechtfertigt sei; es hat sonach die Frage, ob der §. 14 des Kirchen-Constitutions Edikts mit den neueren Gesetzen in Strafsachen, insbesondere mit den Bestimmungen des Preßgesetzes noch vereinbarlich sei, unentschieden gelassen. Mir scheint jedoch diese Frage, wenn man dem §. 14 die von dem Angeklagten gegebene Auslegung beilegt, sehr wichtig: ich bin aber der Ansicht, daß sie unbedingt zu verneinen sei. Hiezu führt mich folgende Betrachtung:

War durch den §. 14 des Constitutions-Edikts wirklich eine kirchliche Immunität statuirt, alsdann war der weltliche Beamte auch an „die Beiwirkung" der unmittelbar geistlichen Aufsichtsbehörde gebunden.

Eine blose Benachrichtigung von dem weltlichen Einschreiten gegen Kirchendiener konnte keinen Erfolg haben,

wenn die vorgesetzte geistliche Aufsichtsbehörde nicht auch in der Lage war ihre Zustimmung, ihre Beiwirkung, z. B. zum Erscheinen auf eine ergangene Ladung, zur Verhaftung u. s. w. verweigern zu können, dadurch verhindern zu können, daß „dem Ansehen des Amtes, „dem Interesse der Kirche nichts Nachtheiliges unterlaufe, „keine Verkrümmung der innerhalb seiner Wohnung be„findlichen Familienglieder, oder Vermögensstücke vorge„nommen“ werde. Es wird Niemand bezweifeln, daß Verhaftungen von Geistlichen wegen gemeiner Vergehen, Pfändungen, und bis auf die Competenzstücke fortgesetzte Vollstreckungen gerichtliche Handlungen sind, welche, indem sie dem Ansehen der Person, welche sie treffen, Nachtheil bringen, auch dem Stand, dessen Träger sie sind, in dem ihm gebührenden Ansehen Schaden bringen; ja daß nur häufige Vorladungen in Civilprozessen eines beklagten Geistlichen ihn in der allgemeinen Achtung herabsetzen. Nach der Lehre des Angeklagten über den im allegirten §. 14 geretteten letzten Rest der kirchlichen Immunität könnten alle diese gerichtlichen Handlungen ohne Kenntnißnahme und Miteinladung zur Beiwirkung durch die vorgesetzte Dienstbehörde nicht vorgenommen werden, sie könnten durch die Versagung der Beiwirkung verhindert werden. Es mag mehr als zweifelhaft erscheinen, ob das Const.Edikt, welches „keine Straf„gerichtsbarkeit über weltliche Vergehen der Kir„chendiener, keine Streitgerichtsbarkeit über „weltliche Angelegenheiten der Kirchenangehörigen, ja so„gar keine Rechtspolizei von der Kirchengewalt“ irgend einer Kirche mehr dulden wollte, ob dieser nämliche Paragraph des Const.Edikts den weltlichen Beamten einen Hemmschuh anlegen wollte, der, indem er die Beiwirkung der geistlichen Vorgesetzten zu den nach den weltlichen Gesetzen zu fassenden Verfügungen statuirte, alle Gewalt der weltlichen Beamten illusorisch machen konnte, und in Fällen des Conflikts machen mußte.

War aber die vom Angeklagten gegebene Auslegung des §. 14 des Constitutions Edikts wirklich die, welche ihr auch der Gesetzgeber verliehen hätte, so wird nicht bezweifelt werden, daß ein Grundgesetz — und als ein solches sehe ich wirklich das Kirchenedikt vom Jahr 1807 an — durch ein anderes Grundgesetz aufgehoben oder geändert werden kann. Die Verfassung vom 22. August 1818 ist das neueste Grundgesetz, durch welches so viele Verhältnisse gänzlich umgestaltet worden sind. Diese bestimmt in §. 14: „Die Grichte sind un„abhängig *) innerhalb der Grenzen ihrer Competenz. Alle „Erkenntnisse in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten müssen „von den ordentlichen Gerichten ausgehen“; — in §. 15. „Niemand darf in Criminalsachen seinem ordentlichen Richter **) entzogen werden“, und in §. 13: „Eigen„thum und persönliche Freiheit der Badener stehen für „alle auf gleiche Weise unter dem Schutze der Ver„fassung“, in Verbindung mit §. 7: „Die staatsbürger„lichen Rechte der Badener sind gleich in jeder Hin„sicht, wo die Verfassung nicht namentlich nnd aus„drücklich ***) eine Ausnahme begründet.“

Faßt man die bestimmten Vorschriften dieser 4 Paragraphen zusammen, so wird man gewiß zu der rechtlichen Ueberzeugung gelangen müssen, daß die Ausübung der bürgerlichen und Straf-Rechtspflege nicht mehr an die Beiwirkung — denn sonst ist keine Immunität vorhanden — irgend einer nicht zu den ordentlichen Gerichten gehörigen Person gebunden ist, nicht mehr gebunden sein darf! Die Verfassung setzt aber auch in den Paragraphen 64—66 fest, in welcher Weise für die Zukunft die Zustände des Landes durch Erlassung von Gesetzen allein geregelt werden dürfen; und der §. 82 sagt, daß „der zur Zeit der Eröffnung des ersten Land„tags, wo die Constitution in Wirksamkeit tritt, beste„hende Zustand in allen Zweigen der Verwaltung und „Gesetzgebung fortdauert, bis die erste Verabschiedung „mit dem Landtage in den Gegenständen, die sich dazu „eignen, getroffen sein wird.“ Dieser bestehende Zustand hört somit auf, sobald durch mit den Landständen verabschiedete Gesetze ein Anderes bestimmt wird.

Nun sind aber die Gesetze: die Prozeßordnung, das Strafgesetzbuch, das Einführungsgesetz vom 5. Februar 1851, und das Preßgesetz vom 15. Februar 1851 neue mit den Ständen verabschiedete Gesetze, durch welche der frühere Zustand einer vollkommenen und durchgreifenden Reform unterworfen worden ist.

---

*) Also an keine Beiwirkung irgend einer Behörde gebunden. D. E.

**) Dieser ist es daher auch allein, von welchem Verfügungen gegen Uebertreter der Strafgesetze ausgehen dürfen. D. E.

***) Die Geistlichen sind nirgends ausdrücklich und namentlich in eine ausnahmsweise Stellung durch die Verfassung versetzt. Es ist aber nicht allein eine Pflicht, seinem ordentlichen Richter durchweg unterworfen zu sein, und innerhalb der Grenzen ihrer Zuständigkeit unabhängigen Gerichten zu unterstehen; es ist dies — auch für katholische Geistliche — ein sehr wichtiges Recht. D. E.

Dieser frühere Zustand muß somit durch die neue, mit Einrechnung des schon früher erschienenen allen Standesprivilegien so feindseligen Landrechtes nunmehr geschlossene Gesetzgebung nothwendig auch in seinen Ausnahmebestimmungen weichen und aufhören. Fragen wir nun, wo in dieser geschlossenen Gesetzgebung noch außer den in der Verfassungsurkunde selbst gemachten Ausnahmen Standesprivilegien („Immunitäten?") aufrecht erhalten, oder neu creirt worden sind, so finden wir zwar einige wenige namentlich aufgeführt, z. B. Anhang zum L.R. in Satz 186 a.c. Pr.O. §. 466. Z. 6. §. 938. St.P.O. §. 147. 150.

Darüber finden wir aber nirgends eine Andeutung, daß das Einschreiten gegen Geistliche an irgend eine Kenntnißnahme, oder Mitwirkung ihrer Dienstvorgesetzte gebunden wäre. Das Einführungsedikt zur alten Pr.O. vom 31. Dezember 1831, die Schlußbestimmungen zur neuen Pr.O. mit dem Einführungsedikt vom 12. April 1851, das Preßgesetz vom 15. Februar 1851, das Einführungsgesetz vom 5. Februar 1851 schweigen hierüber gänzlich. Und doch hätte man namentlich von Letzterem, daß in §. 1 und 25 die ins Leben tretende Strafgesetze benennt, um somehr einer Erwähnung der Aufrechthaltung von Privilegien der Geistlichen in Strafsachen erwarten müssen, als es in §. 5 jene Gesetze und Verordnungen, welche neben der neuen Strafgesetzgebung noch in Wirksamkeit bleiben sollen, einzeln aufzählt. Darunter ist aber des §. 14 des Kirchenedikts nicht gedacht. Unter Ziffer 16 dieses Paragraphen kann aber eine so wichtige Bestimmung, als die Immunität eines ganzen Standes sein soll, gewiß nicht begriffen sein. Denn diese Bestimmung greift zu tief in die Vorschriften der Strafprozeßordnung, somit eines rein in die richterliche Spähre gehörigen Gesetzes ein, als daß man annehmen dürfte, der Gesetzgeber habe solche zu den Polizei- und Verwaltungssachen gezählt!

Prüfen wir nun, wie in Preßsachen es mit den Vorladungen, Zustellungen gerichtlicher Verfügungen, Ausschlußerkenntnissen, und den Wiederherstellungen dagegen zu halten ist, so tritt der unbestrittene Satz uns entgegen, daß bei einem besonderen Gesetz, wie das Preßgesetz, die allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen überall maßgebend sind, wo das besondere Gesetz keine Abweichungen davon enthält. Dieser Grundsatz ist in §. 45 und 46 Abs. 3 des Pr.G. für die Wiederherstellung gegen die Versäumung von Fristen und Tagfahrten noch zum Ueberfluß ausdrücklich ausgesprochen. Nach §. 25 des Einf.Gesetz und §. 135. Abs. 2 der St.Pr.O. sollen aber Vorladungen von Angeschuldigten nach den Bestimmungen der bürgerlichen Prozeß-Ordnung §. 261 und folgende geschehen. An diesen Bestimmungen der alten Pr.O. haben die entsprechenden Paragraphen §. 247 und ff. der neuen Pr.O. keine Aenderung gemacht. Hiernach ist aber eine Ladung, und nach §. 264 jede Einhändigung richterlicher Beschlüsse rechtsgiltig bewirkt, sobald sie durch den Gerichtsboten der betreffenden, oder sie stellvertretenden Person schriftlich behändigt worden ist, und nach §. 135 Z. 2 St.Pr.O. muß eine Vorladung unter dem Rechtsnachtheil des Zugeständnisses dem Angeschuldigten in Person zugestellt werden. Wie es zu halten ist, wenn auf eine solche Vorladung in Preßsachen der Angeklagte nicht erscheint, sagt §. 44 des Pr.G. und §. 45 verweist, wenn der Angeklagte auch innerhalb 8 Tagen gegen das ergangene Ausschlußerkenntniß durch persönliche Vertheidigung vor Gericht die Wiederherstellung nicht erwirkt, auf die allgemein gesetzlichen Bestimmungen, somit auf die §§. 140. 141 St.Pr.O.

Was aber die zu dem Untersuchungsverfahren mitwirkenden Personen betrifft, so haben die hofgerichtlichen Entscheidungsgründe schon darauf hingewiesen, daß hier das Gesetz nur des Untersuchungsrichters und des Aktuars gedenkt. Zu dem Urtheile selbst können aber gesetzlich nur die Richter mitwirken. —

Alle diese gesetzlichen Anordnungen sind so bestimmt abgegrenzter, so durchaus specieller Natur, daß sie schon hiedurch jeden Gedanken ausschließen, als habe der Gesetzgeber die Möglichkeit der Mitwirkung anderer, bei diesem Verfahren nicht genannter Personen im Auge gehabt, eine Mitwirkung, die auf den Gang dieses abgezirkelten Verfahrens nur im höchsten Grade störend einwirken müßte. Ein so grobes Uebersehen kann man aber doch wohl dem Gesetzgeber nicht unterschieben.

Sowohl nach den Bestimmungen unserer Verf.Urkunde im Allgemeinen, als im Besondern durch unsere neuere Strafgesetzgebung ihrem Wortlaute und ihrem Geiste nach erscheint daher die Vorschrift des §. 14 des Constitutionsediktes vom 14. Mai 1807 als abgeschafft.

Ottendorf.

III.

1) Bei denjenigen Vergehen, welche nur auf Antrag der Polizeibehörden gerichtlich bestraft werden dürfen, haben die Polizeibehörden die Voruntersuchung zu führen und nur, insofern sie finden, daß die Sache von solcher Wichtigkeit ist, daß gerichtliche Bestrafung nöthig wird, dieselbe an die Gerichte abzugeben.

2) Wenn auch von den Polizeibehörden auf gerichtliche Bestrafung solcher Vergehen angetragen wird, so können die Gerichte gleichwohl die gerichtliche Bestrafung verweigern, wenn die gesetzliche Voraussetzung hiezu nicht vorhanden oder die Gerichte der Ansicht sind, daß die Sache nicht von so schwerer Art ist, daß gerichtliche Bestrafung nöthig wird.

Im St.G.B. sind mehrere Uebertretungen aufgeführt, welche nur auf Antrag der Polizeibehörde gerichtlich bestraft werden dürfen, z. B. in §. 28. 250. 255. 260. Abs. 2. 359. 369. 370. 441. 541. 562. 585. 620. In Fällen dieser Art wird von mehreren Aemtern als Polizeibehörden keine Voruntersuchung gepflogen, sondern auf die gemachte Anzeige des Vergehens sofort die Sache an die Gerichte abgegeben. Dieses Verfahren der Polizeibehörden ist aber unrichtig. Denn es ergibt sich aus den Kammerverhandlungen über die einzelnen Paragraphen, daß in allen derartigen Fällen die Polizeibehörde die zuständige Behörde ist und die Sache zu erledigen hat und nur insofern sie findet, daß die Sache von so schwerer Art ist, daß die gerichtliche Bestrafung nöthig wird, dieselbe an die Gerichte abzugeben hat. Vergl. Thilo Strafgesetzbuch zu §. 260. 541. 562. 585. 620.

Es bestimmt auch der §. 70 des Gesetzes über die Gerichtsverfassung von 1845, daß die Polizeibehörden in den oben angegebenen Fällen das Erkenntniß geben können, insofern sie eine das polizeiliche Strafmaß nicht übersteigende Geld- oder Gefängnißstrafe für genügend erachten.

Diese Bestimmung ist zwar nicht in das Gesetz vom 5. Februar 1851 aufgenommen, sie liegt aber in der Natur der Sache und im Sinne und Geiste des St.G.B., indem jene Fälle mehr einen polizeilichen als criminellen Charakter an sich tragen und es offenbar die Absicht des Gesetzgebers war, in geringen Fällen keine gerichtliche Untersuchung eintreten, sondern solche kurz und einfach durch die Polizeibehörden erledigen zu lassen.

Es haben daher in allen oben angeführten Fällen die Polizeibehörden stets die Voruntersuchung vorzunehmen und nur dann, wenn sie finden, daß die Sache von so schwerer Art ist, daß gerichtliche Bestrafung nöthig wird, dieselbe an die Gerichte abzugeben.

Wenn aber auch solche Fälle an die Gerichte abgegeben worden sind, so können dieselben gleichwohl die gerichtliche Bestrafung verweigern, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen hiezu nicht vorhanden sind, oder die Sache nicht von solcher Wichtigkeit ist, daß gerichtliche Bestrafung nothwendig wird.

Nach dieser Ansicht wurde vom Hofgericht des Seekreises in folgendem Falle erkannt:

Joseph Duelli hatte am 14. April d. J. einen Haufen Reisig an einer mit hohem dürrem Gras bewachsenen und von einem jungen 8—10jährigen Fichtenbestand umgebenen Stelle angezündet. Das Feuer ergriff auch sogleich das Gras und den jungen Aufwuchs und verursachte einen Schaden von 60 fl. Von der Polizeibehörde wurde auf gerichtliche Bestrafung angetragen. Das Hofgericht des Seekreises erkannte jedoch, es sei hinsichtlich der Anschuldigung der Feuerverwahrlosung, weil die That durch kein Strafgesetz bedroht ist, kein Grund zur weiteren gerichtlichen Verfolgung vorhanden.

Gründe.

In Erwägung, daß der §. 262 St.G.B. zum Thatbestand des gerichtlich strafbaren Vergehens der Feuerverwahrlosung eine grobe Fahrlässigkeit und eine solche Beschaffenheit der Handlung des Thäters fordert, daß der daraus entstehende Brand als deren wahrscheinliche Folge von ihm vorhergesehen werden konnte, dieses aber im vorliegenden Falle nach allen Umständen der That und insbesondere mit Rücksicht auf die Erklärung des Waldhüters Maier, der sagt, daß er selbst vielleicht den Reisighaufen auf der nämlichen Stelle angezündet hätte, nicht wohl angenommen werden kann;

In Erwägung, daß auch der verursachte Schaden von 60 fl. im vorliegenden Falle nicht gerade als ein großer Schaden betrachtet werden kann;

Aus diesen Gründen rc. rc. Haager.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXI. No. 39. Mannheim, 23. September 1854.

I.

Bewirkt die Ausstellung, Indossirung oder Acceptirung eines Wechsels für eine bestehende Schuld eine Novation?

Vergl. Annalen dieses Jahrganges No. 35. S. 278—280.

§. 1.

Wenn Jemand zu Gunsten eines Andern einen Wechsel ausstellt, indossirt oder acceptirt, so geschieht dieß außer den Fällen, in denen eine Liberalität zu Grunde liegt, gegen einen Werth, den der andere gegeben hat oder zu geben verspricht. Dieser Gegenwerth kann in einer ältern Schuld bestehen, für deren Betrag ein Wechsel gezogen, indossirt oder acceptirt wird; der Aussteller, Indossant, oder Acceptant erhält in diesem Falle den Gegenwerth dadurch, daß die frühere Schuld getilgt wird. Würde man annehmen, die ältere Schuld werde nicht getilgt, bleibe vielmehr bestehen, so hätte der Schuldner n e b e n dieser ältern Verbindlichkeit durch Ausstellung oder Indossirung oder Annahme eines Wechsels nur eine n e u e Verbindlichkeit überkommen; umgekehrt würde der Gläubiger n e b e n dem Klagrecht aus dem ältern Rechtsverhältniß ein neues Recht gegen seinen Schuldner aus dem Wechsel erlangen.

Kann aber dieses Resultat als der Absicht der Contrahenten entsprechend angesehen werden? Oder müssen wir vielmehr annehmen, daß wenn für eine bestehende Schuld ein Wechsel ausgestellt, indossirt oder acceptirt wird, der Schuldner nicht gemeint war, n e b e n der alten, sondern s t a t t der alten eine neue Verbindlichkeit zu übernehmen?

Was sollte den Schuldner bestimmen, seinem Gläubiger einen Wechsel auszustellen, zu indossiren oder zu acceptiren, wenn n e b e n der neuen Verbindlichkeit, die er mittels des Wechsels übernimmt, die alte Verbindlichkeit in ihrem vollen Umfang fortbestehen bleibt? Er würde sich offenbar der Gefahr aussetzen, zweimal die nemliche Schuld zahlen zu müssen: einmal muß er den Wechsel einlösen, und zwar unbedingt, ohne sich mit einer Einrede, die sich auf sein Verhältniß zu demjenigen, zu dessen Gunsten er den Wechsel ausgestellt, indossirt oder acceptirt hat, bezieht, schützen zu können; dann müßte er auch seine frühere Verbindlichkeit, insofern man nicht zugeben will, daß sie bereits durch den dafür ausgestellten Wechsel novirt sei, tilgen. Dieser Gefahr doppelter Zahlung begegnen diejenigen, welche in der Ausstellung, Indossirung oder Acceptirung eines Wechsels keine Novation einer bestehenden Schuld erblicken, dadurch, daß sie sagen, durch die Zahlung des für eine bestehende Schuld ausgestellten, indossirten oder acceptirten Wechsels werde auch die frühere Schuld getilgt.

Vergl. 1. Band des Archivs für deutsches Wechselrecht S. 180. sub. No. 2.

Es fragt sich aber, wie man die Ansicht rechtfertigen will, daß durch Zahlung eines Wechsels eine davon ganz getrennte, für sich bestehende Verbindlichkeit, von der vielleicht weder der Zähler noch der Empfänger irgend eine Kenntniß hatte, getilgt werden soll? Man müßte zur Rechtfertigung dieser Ansicht annehmen, die Ausstellung eines Wechsels für eine bestehende Schuld enthalte eine b e d i n g t e Novation, diese trete nemlich nur dann ein, wenn der für die ältere Schuld ausgestellte Wechsel bezahlt werde.

Auf diese Art wäre freilich das Interesse des Schuldners wie des Gläubigers vollständig gewahrt: der Schuldner hätte zwar zwei getrennte Verbindlichkeiten, aber durch Erfüllung der einen würde auch die andere getilgt; der Gläubiger gäbe seine Rechte und Sicherheiten aus der ältern Forderung nicht unbedingt auf: er suspendirte sie

nur, bis es sich entschieden hat, ob der Wechsel bezahlt wird. Erfolgt die Zahlung, so erlischt die Forderung und mit ihr die Sicherheit, welche vor Ausstellung des Wechsels für dieselben bestanden hat; erfolgt die Zahlung nicht, so kann der Gläubiger auf die ältere Forderung zurückgreifen, und mit ihr auch die frühere Sicherheit geltend machen. So scheint alles im schönsten Einklang.

§. 2.

Es erheben sich aber gegen diese Ansicht manche Einwürfe, die sich schwer beseitigen lassen. Indem man nemlich annimmt, die ältere Schuld lebe wieder auf, wenn der Wechsel nicht bezahlt wird, gibt man dem Gläubiger für diesen Fall zweierlei Forderungen gegen den Schuldner, nemlich:

1) die ältere Forderung
2) die Regreß-Ansprüche aus dem nicht bezahlten Wechsel.

Darf der Gläubiger beide Forderungen geltend machen? Gewiß nicht, er würde ja sonst doppelte Zahlung erhalten — er darf mithin nur eine von beiden geltend machen. Aber welche? Steht ihm hierüber eine Wahl frei? Oder kömmt die Wahl dem Schuldner zu? Und wie ist es in dem Fall, wenn der Wechsel sich in dritter Hand befindet? Diesem Dritten kann der Schuldner keine Einrede, die aus dem Verhältnisse zu seinem ursprünglichen Gläubiger abgeleitet wird, entgegensetzen. Kann nun neben der Regreßklage dieses Dritten auch der Gläubiger seine frühere Forderung geltend machen? Auch dies wird man nicht gestatten dürfen, weil der Schuldner nicht zweimal wegen der nemlichen Schuld in Anspruch genommen werden darf. Auf welchen Grund hin will man aber dem Gläubiger wehren, seine Forderung geltend zu machen? Man könnte etwa sagen, er habe kein Interesse, so lange er nicht wegen des nicht bezahlten Wechsels in Anspruch genommen sei; denn bei der Begebung des Wechsels habe er den Werth dafür erhalten, und durch diesen Werth sei er für seine ursprüngliche Forderung bezahlt worden. Diese Argumentation würde übrigens mehr beweisen, als sie sollte. Denn ist der Gläubiger bezahlt worden, so ist seine Forderung erloschen und könnte nicht im Falle der Nichtzahlung des Wechsels wieder aufleben.

Man befindet sich daher in einem schwierige Dilemma, wenn man die durch Geben eines Wechsels für eine ältere Schuld bewirkte Novation in Abrede stellen will: man muß nemlich zugeben, daß wenn überhaupt keine Novation stattfände, die alte Schuld neben der Wechselverbindlichkeit fortbestände, der Schuldner daher zweierlei Verbindlichkeiten hätte, mithin doppelt zahlen müßte, was gewiß nicht im Sinne des Abkommens, in Folge dessen der Wechsel ausgestellt wurde, liegen kann; oder wenn man nur eine bedingte Novation annimmt, d. h. das Eintreten der Novation von der effectiven Zahlung des Wechsels abhängig macht, so ist freilich jede Schwierigkeit verschwunden, wenn der Wechsel eingelöst wird; wird er aber nicht eingelöst, so hätten wir wieder zwei getrennte Forderungen, welche im Besitz zweier Personen sein können, von denen jede berechtigt wäre, ihre Forderung, z. B. in der Gant des Schuldners geltend zu machen.

Da nun dieses Resultat dem Sinne und der Absicht der Parteien keineswegs entspricht, so sind wir genöthigt, beide Ansichten als unrichtig zu bezeichnen.

§. 3.

Bleiben wir einen Augenblick bei der Thatsache stehen, daß der Gläubiger, welcher von seinem Schuldner einen Wechsel erhält, in den Stand gesetzt ist, durch Indossirung desselben den Betrag seiner Forderung einzuziehen; mithin sich bezahlt zu machen. Wie kann nun gleichwohl diese Forderung fortbestehen?

Man könnte vielleicht entgegnen, der Gläubiger hätte auch schon vorher, ehe er von dem Schuldner einen Wechsel erhielt, seine Forderung cediren und sich dadurch bezahlt machen können. Das ist auch richtig; man erkennt aber allgemein an, daß in diesem Falle ein neuer Gläubiger an die Stelle des alten tritt, mithin dieser keine Forderung mehr geltend machen kann. Selbst wenn er die Garantie für die cedirte Forderung übernommen hätte, bleibt dennoch das Verhältniß das nemliche. Der frühere Gläubiger hat kein Forderungsrecht, dieses ist auf den neuen Gläubiger übergegangen und nur dann, wenn in Folge der Garantie der frühere Gläubiger in Anspruch genommen wird, kann er die Rechte des zahlenden Bürgen wider den Hauptschuldner geltend machen. A. 2028. Ebenso dürfte das Verhältniß des Gläubigers, der einen Wechsel von seinem Schuldner erhalten hat, zu beurtheilen sein. Durch Annahme des Wechsels wird die alte Schuld aufgehoben — die Wechselschuld ist an deren Stelle getreten. Indossirt der Gläubiger den Wechsel, so wird dadurch ein anderer in seine Rechte eingesetzt — er muß aber für den richtigen Eingang haften. Wird der Wechsel nicht bezahlt, und in Folge seiner Garantie der Rückgriff wider ihn genommen, so lebt nicht

die alte Forderung wieder auf, sondern er hat die Rechte eines Wechsel-Inhabers wider seinen früheren Schuldner. Er kann also nicht allein den Wechselbetrag, sondern auch die Protestkosten, die Zinsen zu 6 pCt., die Provision, welche §. 50 der deutschen Wechselordnung bestimmt, sowie andere Auslagen fordern, er kann seine Rechte im wechselrechtlichen Verfahren geltend machen, er kann das Urtheil mittels persönlichen Verhafts vollziehen lassen u. s. w. Dagegen muß er aber auch die Fristen beobachten, welche die Wechselordnung vorschreibt, er muß sich die Einreden gefallen lassen, die aus der Nichtbeobachtung der Förmlichkeiten hergeleitet werden können. Und hierin liegt ebenfalls ein bedeutendes Argument dafür, daß in dem Geben eines Wechsels für eine ältere Schuld eine Novation gefunden werden muß. Denn sonst könnte, wenn etwa die Förmlichkeiten rücksichtlich des Wechsels versäumt wurden, der Gläubiger einfach auf den ältern Schuldtitel zurückgreifen und den Schuldner in großen Nachtheil bringen.

Hätte z. B. der Schuldner einen Wechsel an seinen Gläubiger indossirt und würde dieser Wechsel bei Verfall nicht bezahlt, der Protest aber versäumt, so ist der Rückgriff wider alle Indossanten verloren. §. 41 und 83 Abs. 2 der Wechselordnung.

Könnte nun dennoch der Gläubiger seine alte Forderung geltend machen, so würde der Schuldner, selbst wenn ihm der Wechsel zurück gegeben würde, keinen Rückgriff wider die Indossanten des Wechsels haben. Es wäre nun doch gewiß ungerecht, ihn einen solchen Nachtheil leiden zu lassen, da er an der Versäumung des Protestes ohne alle Schuld ist! Nehmen wir den andern Fall, wenn der Schuldner den Wechsel ausgestellt, der Bezogene ihn nicht bezahlt hat, der Protest aber versäumt wurde, so hat der Inhaber des Wechsels zwar keine Wechsel-, aber doch eine Klage wegen Bereicherung gegen den Aussteller. §. 83. Abs. 1 der Wechselordnung.

Zur Begründung dieser Klage bedarf es des Nachweises, daß der Aussteller sich auf Kosten des Wechselinhabers bereichern würde, wenn er die Einlösung des Wechsels verweigern würde. Nimmt man an, die ältere Schuld sei nicht durch Novation getilgt, oder sie lebe wieder auf, weil der Wechsel nicht bezahlt wurde, so ist an eine Bereicherung des Ausstellers, der hiernach seinem ursprünglichen Gläubiger wegen der älteren Schuld verhaftet wäre, gar nicht zu denken. Dem Wechselinhaber würde durch diese Theorie die Bereicherungsklage entzogen, während doch der ursprüngliche Gläubiger kein Interesse hätte, seine Forderung geltend zu machen, da er bei Indossirung des Wechsels den Betrag derselben erhalten hat.

Nimmt man dagegen an, die ursprüngliche Forderung sei durch Ausstellung des Wechsels getilgt, so hat der Aussteller des Wechsels einen Werth empfangen; es ist nemlich begreiflicher Weise ganz gleichgültig, ob der Aussteller eines Wechsels baares Geld für denselben erhält, und mit diesem baaren Gelde eine ältere Schuld tilgt, oder ob diese Schuld ohne ein solches Hin- und Hertragen des Geldes getilgt wird, in beiden Fällen ist der Aussteller um den Betrag der getilgten Schuld reicher geworden, wenn nicht etwa der Wechsel einen wirklichen Werth repräsentirte, d. h. wenn der Bezogene dem Aussteller nicht den Betrag des Wechsels schuldig war. Wir sehen demnach, daß hier zur Begründung der Klage wegen Bereicherung nur die Voraussetzung erfordert wird, welche überhaupt bei präjudicirten Wechseln vorhanden sein muß, um der Klage Eingang zu verschaffen.

§. 4.

Wir werden hier unwillkürlich auf eine andere Frage geführt, welche meines Wissens noch nirgends erörtert ist, welche Rechte nemlich der Inhaber eines präjudicirten Wechsels gegen den Bezogenen hat, falls er mit der Bereicherungsklage darum unterlegen ist, weil der Aussteller nachgewiesen hat, daß er den Wechsel für den Betrag einer Forderung, die er an den Bezogenen hatte, gezogen hat? Diese Frage kann selbstredend dann nicht erhoben werden, wenn der Wechsel acceptirt ist, weil es in diesem Fall keinem Zweifel unterliegt, daß der Bezogene aus dem Accept haften muß. Hat aber, das ist unsere Frage, der Inhaber gar keine Rechte wider den Bezogenen, der nicht acceptirt hat, falls nachgewiesen ist, daß er dem Aussteller den Betrag schuldig ist? Meines Erachtens kann in diesem Falle der Inhaber aus dem Wechsel gegen den Bezogenen klagen, weil der Aussteller mittels des Wechsels diejenigen Rechte, welche er gegen den Bezogenen hat, auf den Remittenten, dieser solche auf seinen Indossatar u. s. w. überträgt; der Wechselinhaber ist daher Rechtsfolger des Ausstellers in Bezug auf diejenigen Rechte, welche der Aussteller gegen den Bezogenen hatte, muß sich aber gerade darum auch alle Einreden gefallen lassen, welche der Bezogene dem Aussteller entgegensetzen konnte. Die Bestimmung der Wechselordnung, wornach solche Einreden gegen den Inhaber des Wechsels nicht zugelassen werden sollen, kann hier, wo es sich nicht um Wech-

selrecht, sondern um Verfolgung eines dem Wechsel zu Grunde liegenden civilrechtlichen Anspruchs handelt, nicht Platz greifen.

Die Verfasser des französischen Gesetzuchs scheinen dem Wechselinhaber ein solches Klagrecht wider den Bezogenen, welcher Deckung vom Aussteller in Handen hat, eingeräumt zu haben, da der Art. 170 des Code de commerce in dem 2. Absatz sagt:

„le porteur, en ce cas, ne conserve d'action que contre celui, sur qui la lettre de change était tirée."

Wenn der Aussteller eines präjudicirten Wechsels beweist, daß er Deckung gegeben hat, so hat der Inhaber nur eine Klage wider den Bezogenen. Welche andere Klage kann hier gemeint sein, als die auf Zahlung dessen, was der Bezogene dem Aussteller schuldig ist?

Man wird dieser Ansicht um so eher beitreten, wenn man berücksichtigt, daß der Bezogene durch Zahlung des Wechsels jedenfalls von seiner Schuld gegenüber dem Aussteller befreit wird; da man nie daran gezweifelt hat, daß der Wechsel ein Mandat für den Bezogenen enthält, den Wechselbetrag an den Inhaber zu zahlen. Welchen haltbaren Grund könnte daher der Bezogene haben, die Zahlung zu verweigern? Wohl keinen andern, als daß er überhaupt lieber nicht zahlen will. Ausführlicher ist diese Frage erörtert in dem Archiv für deutsches Wechselrecht 4r Bd. S. 250—268.

§. 5.

Kehren wir nach dieser Abschweifung wieder zu unserer ursprünglich gestellten Frage zurück, so sollte in dem einen Fall, wenn der Schuldner seinem Gläubiger einen von einem Andern ausgestellten Wechsel indossirt, an einer Tilgung der ältern Schuld gar nicht gezweifelt werden können. Denn in diesem Fall überträgt der Schuldner seinem Gläubiger eine Forderung wider einen Dritten, und wenn der Gläubiger diese Forderung ohne Vorbehalt annimmt, so ist dadurch eine datio in solutum, d. h. eine Hingabe und Annahme an Zahlungsstatt bewirkt. Denn ist es nicht gleichgültig, ob eine Zahlung in Geld geschieht oder in Geldeswerth?

Jede Forderung repräsentirt einen gewissen Geldwerth; durch Uebertragung einer Forderung gebe ich also dem Cessionar einen Geldwerth. Geschieht diese Uebertragung für eine ältere Schuld, so will das so viel sagen, daß beide Theile den Geldwerth der übertragenen Forderung so hoch anschlagen, als den Werth der ältern Forderung; es erhält daher der Gläubiger von seinem Schuldner an Werth so viel als die ältere Schuld betrug, mithin ist diese bezahlt. — Hier etwa ist das anwendbar, was Dr. Günther eine Compensation nennt.

Siehe Annalen d. J. S. 280.

Man könnte nämlich sagen, der Gläubiger, welcher sich von seinem Schuldner eine Forderung übertragen läßt, wird diesem den Betrag, über welchen beide übereingekommen sind, schuldig. Forderung und Schuld stehen daher einander gegenüber und compensiren sich. Diese Auffassung mag allerdings geeignet sein, die Sache zu verdeutlichen, wiewohl sich streng genommen, wider dieselbe einwenden läßt, daß, wofern die Parteien übereingekommen sind, für die bestehende Schuld einen Wechsel zu geben, resp. anzunehmen, der Gläubiger nicht eine Geldsumme für den Wechsel zu bezahlen, sondern nur die ältere Forderung zu quittiren, etwaige darauf bezügliche Urkunden zurückzugeben schuldig ist, daher nicht sowohl eine Compensation, sondern ein Umtausch der ältern Schuld gegen eine neue, mithin eine eigentliche Novation stattfindet.

Ist aber richtig, daß, wer einen Wechsel indossirt, ein Forderungsrecht überträgt? Ich glaube kaum, daß hierüber ein begründeter Zweifel obwalten kann. Denn es ist bekannt, daß Aussteller und Indossanten sammtverbindlich für die Zahlung eines Wechsels haften, vorausgesetzt freilich, daß zur rechten Zeit Protest erhoben wurde; der Inhaber hat daher, sofern der Bezogene nicht zahlt und gehörig protestirt wurde, ein Klagrecht wider Aussteller und Indossanten auf Zahlung des Wechsels. Ist das nicht genügend, ein Forderungsrecht zu constituiren? Es kommt aber noch dazu, daß bei einem eigenen Wechsel der Aussteller haften muß, auch wenn nicht protestirt wurde, und daß bei einem gezogenen Wechsel der Bezogene, der den Wechsel acceptirt hat, in gleicher Weise zur Zahlung verbunden ist.

Man hat daher

1) bei einem eigenen Wechsel den Aussteller als Hauptschuldner, die Indossanten als sammtverbindliche Bürgen;

2) bei einem gezogenen Wechsel den Bezogenen, in sofern er acceptirt hat, als Hauptschuldner, die Indossanten nebst dem Aussteller als sammtverbindliche Bürgen. Wo aber der Wechsel nicht acceptirt ist, hat man zwar keinen Hauptschuldner, aber mehrere subsidiäre

Schuldner, d. h. solche, die für den Fall, wenn der Bezogene nicht zahlt, haften müssen.

In allen diesen Fällen ist durch den Wechsel ein Forderungsrecht constituirt, welches mittels Indossament von Einem auf den Andern übertragen wird. Indossirt nun der Schuldner seinem Gläubiger einen Wechsel, so überträgt er ihm nicht allein ein Forderungsrecht, wie wenn er ihm etwa eine Hypothekenforderung oder dergleichen cedirte, sondern er übernimmt mittels des Indossaments zugleich die Garantie für den richtigen Eingang der übertragenen Forderung. Der Gläubiger erhält also in diesem Falle

1) als neue Schuldner alle Personen, welche den Wechsel als Aussteller, Indossanten, Acceptanten unterzeichnet haben,
2) ferner die Mitgarantie seines bisherigen Schuldners.

Wofür aber wird ihm dies Alles? Für die ältere Schuld; diese muß daher als Gegenwerth getilgt werden, wenn unter den Parteien nichts anderes verabredet ist.

§. 6.

Es bleiben nun noch die anderen Fälle, in denen der Schuldner seinem Gläubiger entweder einen Wechsel ausstellt oder acceptirt. In diesen Fällen erhält der Gläubiger nicht, wie in dem oben angeführten, eine Forderung seines Schuldners übertragen, sondern es wird nur eine neue Schuld constituirt. Diese neue Schuld hat das Eigenthümliche, daß

1) der Schuldner nicht allein mit seinem Vermögen, sondern auch mit seiner Person für die Zahlung verhaftet ist,
2) daß die Zahlung in einem Verfahren verfolgt werden kann, welches alle Einreden, die nicht sofort liquid sind, ausschließt,
3) daß der Richter nicht wie bei andern Geldschulden Fristen zur Zahlung gewähren darf,
4) daß der Gläubiger die Forderung leicht und ohne die sonst erforderlichen Förmlichkeiten übertragen kann.

Es geht aus dieser Zusammenstellung hervor, daß die Wechselschuld jedenfalls für den Schuldner viel drückender, für den Gläubiger weit vortheilhafter ist, als eine gewöhnliche Schuld. Wird für diese ein Wechsel ausgestellt, so wird man gewiß mit Recht sagen können, es habe eine Verwandlung der Schuld stattgefunden. Kann nun gleichwohl die alte Schuld bestehen bleiben? Das ist kaum anzunehmen; denn dann wäre der Wechsel nicht für die alte Schuld, sondern neben derselben gegeben worden. Eben darum scheint die Absicht, eine Rechtswandlung zu bewirken, klar aus dem Geschäft hervorzugehen, wie Art. 1273 sich ausdrückt. Dennoch haben die französischen Gerichte, wie aus den Mittheilungen in No. 35 dieses Jahrganges, S. 278 bis 80 erhellt, meist anders entschieden, und dieß sogar in Fällen, in welchen die ältere Schuld quittirt war.

Dagegen haben die höchsten Gerichte in Wien und in Berlin wie ebenfalls dort ersichtlich, eine Rechtswandlung da angenommen, wo für die ältere Schuld quittirt war. Das großh. Hofgericht hat aber unbedingt in der Ausstellung eines Wechsels für eine Schuld eine Novation gefunden.

Vide Urtheil J. S. Radowsky gegen Janthier.

Aus den Mittheilungen des Dr. Günther in dem Archiv für deutsches Wechselrecht 4. Band S. 132—140 geht hervor, daß in Sachsen die Praxis diesen Satz längst vor Einführung der deutschen Wechselordnung festgehalten hat, womit auch Treitschke in seiner Encyklopädie des Wechselrechts 1. Band S. 153—154 übereinstimmt.

§. 7.

Man könnte vielleicht entgegnen, diese Ansicht berücksichtige nur allein die Lage des Schuldners, nicht aber die des Gläubigers, komme daher aus einer nur einseitigen Auffassung zu einem für diesen nachtheiligen Resulat. Wenn z. B. ein Gläubiger für seine Forderung Sicherheit mittelst Hypothek, Faustpfand oder Bürgschaft habe und vermöge eines Abkommens mit seinem Schuldner Wechsel für die ältere Forderung annehme, so könne es doch wohl nicht in seiner Absicht liegen, die bisherige Sicherheit aufzugeben, während diese nach Art. 1278 aufhört, sobald man die Ansicht, es habe eine Novation stattgefunden, adoptire. Das Gericht dieses Einwands verkenne ich keineswegs; auch scheinen die französischen Gerichte in ihren Entscheidungen, einzelne Ausnahmen abgerechnet, vorzugsweise durch diese Betrachtung bestimmt worden zu sein, das Vorhandensein einer Novation in allen Fällen, da es sich um Sicherheiten des Gläubigers handelt, zu beabreden. Es bietet sich aber dem Gläubiger ein sehr leichtes und nahe liegendes Mittel dar, den Folgen der Novation zu entgehen: er darf nemlich nach Art. 1278 die alten Sicherheiten für die neu consti-

tuirte Forderung vorbehalten — auf diese Art sind alle Interessen vollständig gewahrt, und es wäre vielleicht richtiger, wenn die französischen Gerichte einen solchen stillschweigenden Vorbehalt unterstellen würden, wozu sie durch Art. 1160 sogar ermächtigt sind, als, wie sie jetzt thun, die Novation selbst dann, wenn die ältere Schuld quittirt wurde, zu leugnen.

§. 8.

Eine Entscheidung des Hofgerichts zu Darmstadt in dem hier vertheidigten Sinn wird von dem Hofgerichtsassessor Dr. Hoffmann in dem Archiv für praktische Rechtswissenschaft (Regensburg 1852) I. Band S. 55 mitgetheilt. Der Fall, welcher hiezu Veranlassung gab, war folgender:

„Ein ausländischer Kaufmann hatte an einen Kaufmann zu Darmstadt aus einer Waarenschuld eine bestimmte Summe zu fordern, und um zu dieser rasch und sicher zu gelangen, einen Wechsel durch einen Procuraträger von Darmstadt, zahlbar auf Ende Mai zu Acceptation seinem Schuldner präsentiren lassen. Dieser schrieb auf den Wechsel: acceptirt auf Ende August, der Procuraträger schickte dann den so acceptirten Wechsel dem Aussteller zurück. Letzterer über das Verfahren seines Schuldners aufgebracht, klagte alsbald seine ursprüngliche Waarenforderung bei dem Stadtgericht zu Darmstadt ein, ohne hierbei des Wechsels näher zu erwähnen. Der Beklagte berief sich in seiner Erklärung unter Anderm auf eine durch den Accept des Wechsels eingetretene Novation der eingeklagten Forderung. Der Kläger replizirte, es könne hier von einer Novation nicht die Rede sein, es sei namentlich kein neues novirendes Rechtsgeschäft zu Stande gekommen, indem der Beklagte den ausgestellten Wechsel, nicht wie er verlangt, acceptirt habe, er aber die Acceptation des Wechsels in der vom Beklagten vollzogenen Weise nicht anzunehmen brauche. Der Beklagte erwiederte dann duplicando, der Kläger habe durch die Besitznahme des Wechsels allerdings denselben in der acceptirten Weise angenommen und sich dadurch in die Lage gebracht, aus jenem Wechsel klagen zu können.

Das Untergericht ließ die angestellte Klage zu, von der Ansicht ausgehend, daß ein novirendes Geschäft hier nicht zum Abschluß gekommen sei.

Das Hofgericht zu Darmstadt wies aber die Klage ab, indem eine Annahme in der von Seiten des Beklagten geschehenen Acceptation hier vorliege, und der Kläger gegen jene Acceptation, wollte er sie nicht für sich bindend anerkennen, sofort hätte protestiren müssen, was nicht geschehen, wenigstens nicht behauptet worden sei.

Der Einsender rechtfertigt diese Entscheidung durch folgende Bemerkung:

Die Uebergabe eines Wechsels der fraglichen Art ist allerdings nicht mit der Uebergabe eines Vermögensgegenstandes, z. B. eines cursirenden Papiergeldes, wie dieß auf den ersten Augenblick scheinen möchte, auf gleiche Linie zu stellen. Vielmehr ist dem Empfänger eines solchen Wechselpapiers hierin nur ein Mittel gegeben, durch dessen Gebrauch auf seiner Seite so wie auf Seiten eines Nachmanns von dem Geber ein Vermögensgegenstand künftig eingelöst werden kann; die Wirksamkeit des Wechsels wird hierbei nicht dadurch von selbst vernichtet, daß der Empfänger und Gläubiger seine ursprüngliche Forderung einklagt; denn der Wechsel duldet gegen den ursprünglichen Inhaber nur liquide Einreden, und gegen einen dritten Nachmann wieder nur solche Einreden, welche aus dem Wechselrecht selbst hervorgehen. — Bei der Uebergabe eines Vermögensgegenstandes hat der Geber durch die Aufgabe des Besitzes einen Vermögensverlust erlitten, und der Nehmer durch die Empfangnahme jenem einen Vermögensverlust zugezogen, und sich einen Gewinn verschafft, mit welchem die Geltendmachung seiner Forderung, für welche jener Gegenstand gegeben wurde, nicht vereinbarlich ist. Der Gläubiger wird daher wegen der Empfangnahme des überlieferten Gegenstandes so behandelt, als habe er sich dadurch befriedigt erklärt, also seine Forderung aufgegeben. Bei der Uebergabe eines Wechsels der fraglichen Art ist der Geber resp. Schuldner, erst dadurch einem zukünftigen Vermögensverlust ausgesetzt, daß der Andere den Wechsel annimmt und ihn in seinem entscheidenden Theile, z. B. durch das Ausstreichen der Acceptation, nicht vernichtet. Diese Vernichtung muß mithin eingetreten sein, wenn der Gläubiger seine ursprüngliche Forderung geltend machen will, der Schuldner muß gesichert sein, daß der Wechsel nicht gegen ihn gebraucht werde, er muß aber nicht blos objectiv, sondern auch subjectiv sicher sein, die Vernichtung des Wechsels muß ihm gegenüber geschehen sein. — Darum war die obenerwähnte Klage mit Recht abgewiesen worden, der Kläger hätte seiner Klagschrift den vernichteten Wechsel beilegen, oder wenn er denselben nicht mehr

hatte, den Schuldner doch wegen der Ansprüche aus dem Wechsel sicher stellen müssen.

§. 9.

Ein anderer Fall, der dem Unterzeichneten vorgekommen ist, war dieser: Jemand suchte einem Freunde dadurch Credit zu verschaffen, daß er einen von diesem auf ihn gezogenen Wechsel acceptirte, worauf Jener den Wechsel discontirte.

Vor Verfall desselben übermachte der Aussteller dem Inhaber des Wechsels verschiedene Rimessen mit dem Bemerken, daß diese zur Deckung des Wechsels dienen sollten. Der Inhaber des Wechsels nahm diese Rimessen an, und schrieb deren Betrag dem Aussteller gut. Aber diese Rimessen wurden nur zum Theil bezahlt; einige derselben kamen mit Protest zurück. Es entstand nun die Frage, ob der Inhaber des ersten Wechsels gegen den Acceptanten wegen derjenigen Summe, die nicht bezahlt worden war, klagen könne? Einsender dieses verneinte die Frage aus dem Grund, weil die Rimessen zum Zweck der Zahlung des acceptirten Wechsels eingesendet und von dem Inhaber „ohne Vorbehalt" angenommen worden waren. Dadurch war eine Novation bewirkt, die alte Schuld mithin aufgehoben worden. Wären die Rimessen nur „vorbehaltlich des Eingangs," „sauf encaissement," angenommen worden, so hätte allerdings für den nicht bezahlten Betrag auf den Acceptanten des ersten Wechsels gegriffen werden können; denn was Art. 1278 von Vorzugs- und Pfandrechten der alten Forderung sagt, wird ohne Zweifel auch auf Bürgschaften anwendbar sein. Bemerkenswerth ist übrigens, daß die französischen Gerichte häufig den Vorbehalt „sauf encaissement" unterstellen, wie namentlich Pardessus No. 221 anführt,

Sirey 1813. I. 451.
1823. I. 414.
1827. II. 259.

Auch in Frankfurt ist dieser Vorbehalt nach der Versicherung erfahrner Kaufleute allgemein gebräuchlich. Derselbe ist wohl so zu verstehen, daß der neue Wechsel nicht unbedingt, sondern nur unter der aufschiebenden Bedingung, wenn er seiner Zeit bezahlt werden wird, für die ältere Schuld angenommen wird. Es ist in diesem Fall die ältere Schuld nicht für getilgt durch den neuen Wechsel zu halten, ihre Tilgung hängt vielmehr von der Zahlung des neuen Wechsels ab. Erfolgt diese, so ist zugleich die ältere Schuld getilgt; erfolgt sie nicht, so besteht die ältere Schuld in ihrer vorigen Wirksamkeit, dagegen muß der neue Wechsel sammt Protest dem Schuldner zurückgegeben werden. So lange dies letztere nicht geschehen ist, hat der Gläubiger den Beweis, daß die Bedingung fehl geschlagen sei, nicht geliefert — denn er könnte ja, so lange er den Wechsel nebst Protest in Handen hat, entweder von seinem Schuldner, oder von einem andern Wechselverpflichteten die Zahlung desselben erwirken — erst die Aushändigung des Wechsels und des Protests kann einen vollständigen Beweis für die Vergangenheit und eine hinreichende Sicherheit für die Zukunft liefern.

Wie aber, wenn der Gläubiger von dem Wechsel Gebrauch gegen den Schuldner macht, d. h. diesen auf Grund des Wechsels einklagt? Diese Einklagung würde noch keineswegs hinreichen, die ältere Schuld für getilgt zu erachten, da die Bedingung erst durch Zahlung des Wechsels erfüllt wird. Der Gläubiger, welcher den oben erwähnten Vorbehalt gemacht hat, wird daher durch Einklagung des Wechsels, so lange dieser nicht bezahlt ist, nicht gehindert, seine ältere Forderung geltend zu machen.

Eine größere Schwierigkeit bietet die Frage, welche Folge auf das Verhältniß zwischen Gläubiger und Schuldner eine Versäumniß der wechselrechtlichen Förmlichkeit, z. B. des Protestes hat? Wenn kein Vorbehalt bei Annahme des Wechsels von Seiten des Gläubigers gemacht, mithin die ältere Forderung nach diesseitiger Ansicht novirt wurde, so hat der Gläubiger den Rückgriff auf Indossanten und Aussteller verloren, und kann nur nach §. 83 der W.O. wegen Bereicherung klagen. Wo aber ein Vorbehalt gemacht wurde, wird dennoch der Schuldner, der aus der ältern Forderung belangt wird, eine Einrede aus der Versäumniß des Wechselinhabers herleiten können; denn wäre der Wechsel bezahlt worden, so wäre die ältere Forderung gleichfalls getilgt. Das Gesetz unterstellt aber, daß die Zahlung geleistet worden wäre, wenn der Wechsel zur rechten Zeit zur Zahlung vorgezeigt worden wäre. Die Nichtzahlung ist daher Folge der Nachlässigkeit des Inhabers. Ist der Gläubiger auch Inhaber des Wechsels, so trifft ihn die Folge seiner Nachlässigkeit; ist aber ein Dritter im Besitze des Wechsels, so ist der Gläubiger wegen der Versäumniß dieses Dritten nicht regreßpflichtig — für ihn hat daher die Nichtzahlung des Wechsels keine nachtheilige Folge — eben darum hat er auch keinen Grund, auf die

ältere Forderung zurückzukommen. Thut er es dennoch, so könnte ihm der Schuldner die exceptio doli entgegen halten.

Es lassen sich noch manche Verwicklungen denken, die aber aus den aufgestellten Prinzipien leicht zu lösen sind.

Dr. Ladenburg.

II.

Ein Eintrag in das Grundbuch, der nicht durch die Betheiligten in Person, sondern durch Dritte in deren Namen (z. B. Geschäftsführer) geschehen ist, hat dieselbe Wirkung, als wäre er durch die Betheiligten selbst veranlaßt worden.

Nach obiger Ansicht wurde vom Hofgericht des Seekreises in der Gantsache des Anton Strobel von Wolterdingen erkannt.

Gründe:

In dem Eintrage des Vermögensübergabs-Aktes vom 21. Jenner 1842 in dem Grundbuche zu Wolterdingen ist zwar nicht angeführt, wer denselben bewirkt habe, und namentlich ob derselbe durch einen der Betheiligten, den Vermögensübergeber oder Uebernehmer, veranlaßt worden sei, und es gibt Bürgermeister Siebler sogar die bestimmte Auskunft, daß er es gewesen sei, der den Eintrag veranstaltet habe; allein es geschah dieß, wie Bürgermeister Siebler weiter angibt, deßhalb, weil der Vermögensübernehmer ein Grundstück, das er durch die Uebergabe erworben hatte, verkaufen wollte und weil der Vorstand des Orts- und Gewährgerichtes hiebei bemerkte, daß der Erwerb noch nicht im Grundbuche eingetragen sei.

Wenn nun auch der Bürgermeister aus eigenem Antriebe und ohne besondern Auftrag des Vermögensübernehmers dessen Erwerbs-Urkunde eintragen ließ, so hat er dieß als Geschäftsführer des letztern und in dessen Name gethan, denn nur der Erwerber ist verpflichtet seinen Erwerb eintragen zu lassen (L.R.S. 1583 a §. 25 des II. Einf.-Ed.) und das Gewährgericht beziehungsweise dessen Vorstand ist nur verpflichtet, sich vor Ertheilung der Gewähr zu verlässigen, ob die Erwerbs-Urkunde eingetragen seie, keineswegs aber liegt ihm ob, von Amtswegen selbst den Eintrag zu bewirken.

Hat aber, wie hiernach der Fall ist, der Bürgermeister als Geschäftsführer des Vermögensübernehmers und in dessen Namen den Eintrag der Uebergabsurkunde veranstaltet, so hat dieser Eintrag, da ein solcher nicht nur durch die Betheiligten in Person, sondern auch durch Dritte in deren Namen geschehen kann (L.R.S. 2148), dieselbe Wirkung, als wäre er durch den Vermögensübernehmer selbst veranlaßt worden, also namentlich die Wirkung, daß durch ihn das Vorzugsrecht des Uebergebers wegen der ihm aus der Vermögensübergabe zustehenden Ansprüche bewahrt wurde, und dieses müssen gerade diejenigen Appellaten, welche als Pfandgläubiger des Uebernehmers vorzügliche Befriedigung aus dem Erlöse der übergebenen Liegenschaften in Anspruch nehmen, um so mehr anerkennen, als auch ihre Pfandrechte nur unter der Voraussetzung wirksam sind, daß ihr Schuldner seinen Erwerb in dem Grundbuche hatte eintragen lassen.

Es muß daher den Ansprüchen des Appellanten, welche ihm aus der Vermögensübergabe an den Gantschuldner zustehen, das angemeldete Vorzugsrecht zuerkannt werden.

Haager.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXI. No. 40. Mannheim, 30. September 1854.

I.

Schuldhafte Tödtung durch einen Arzt.

§. 543 St.G.B.

Mittermaier hat im Archiv des Criminalrechts von 1853 S. 1 ff. mehrere interessante Rechtsfälle über die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Aerzte, Wundärzte, Apotheker und Hebammen wegen Kunstfehler und anderer Handlungen oder Unterlassungen in Bezug auf die Ausübung ihrer Kunst mitgetheilt.

Nachstehender Rechtsfall dürfte auch nicht ohne Interesse sein.

Durch Urtheil des Hofgerichts des Seekreises wurde der prakt. Arzt v. Ow in Büsingen der schuldhaften Tödtung der Elisabetha Ammann für schuldig erklärt und deßhalb zu einer Arbeitshausstrafe von einem halben Jahre verurtheilt.

Auf den vom Verurtheilten ergriffenen Refurs bestätigte das großh. Oberhofgericht dieses Urtheil mit der Modification, daß die Strafe in einer Festung oder in einer andern ihr gleichgestellten Anstalt zu vollziehen sei.

Die oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründe lauten:

„Am 11. Juli v. J. starb die noch nicht vier Jahre alte Pflege-Tochter der Jakob Ammann Wittwe zu Wagenhausen 1½ Stunden, nachdem diese ihr eines der von dem Rekurrenten verordneten Pulver — einen Virtels Gran Strychnin enthaltend — eingegeben hatte. Die von der Ammann Wittwe, der Salomea Bulsterli und der Ursula Ochsner bald nach dem Genusse des Pulvers und bis zum Eintritt des Todes wahrgenommenen Krankheits-Symptome in Verbindung mit den durch die Sanitätsbeamten des Physikates Stockborn bei der an der Kindes-Leiche vorgenommenen inneren und äußeren Besichtigung constatirten Erscheinungen und mit dem Berichte des durch die Gerichtsbehörde mit der chemischen Untersuchung des Magens und der Pulver beauftragten Apothekers Manhard veranlaßten die Untergerichtsärzte sowie den hofgerichtlichen Medicinalreferenten übereinstimmend zu dem bestimmten Ausspruche:

„Es unterliege gar keinem Zweifel, daß der Tod „des Kindes einer Strychnin-Vergiftung zugeschrie„ben werden müsse.“ —

Es kann sich demnach nur darum fragen, ob diese Tödtung dem Rekurrenten nach §. 543 des St.G.B. zur strafbaren Schuld angerechnet, oder blos als Folge eines auf irriger Ansicht beruhenden Kunstfehlers betrachtet werden muß.

In dieser Beziehung sind die Gerichtsärzte — unter Berufung auf namhafte Autoritäten — auch darüber einig, daß die Dosis von ¼ Gran des fraglichen Arzneimittels nicht nur für ein zudem schwächliches Kind so zarten Alters, sondern selbst für einen erwachsenen Mann zum Beginne der Kur unbedingt viel zu groß und unter Umständen gefährliche — ja tödtliche — Wirkungen hervorzubringen geeignet sei.

Hätte der Rekurrent diesen sonach in der Wissenschaft und Praxis anerkannten Satz nicht, oder nicht richtig gekannt, so würde sich zwar sein Verfahren nur als ein Kunstfehler darstellen, weil die blose Unwissenheit keinen Grund zur strafgerichtlichen Verfolgung abgeben kann.

Siehe Motive zum Entwurfe des St.G.B. §. 191.
Vergl. den Commissions-Bericht der zweiten Kammer vom Jahr 1840.

Allein in seinem Zugeständnisse: „er habe bei dem Niederschreiben des Receptes vergessen gehabt, daß der Kranke ein Kind sei, nachdem er dieses doch eben erst erfahren hatte;“ liegt zugleich die Beglaubigung dafür, daß er die verhältnißmäßig schädlichen und gefährlichen Wirkungen

des Strychnins allerdings wohl kannte, und daß er ebendeßhalb — hätte er an die Persönlichkeit seines Patienten gedacht — die Dosis von ¼ Gran nicht verordnet haben würde. Und dieses Außerachtlassen der seiner Hilfe anvertrauten Persönlichkeit bei Anwendung eines so heftig wirkenden Giftstoffes in dem wichtigsten Momente seiner Berufsthätigkeit erscheint nun gerade als sträfliche Verschuldung, indem der Rekurrent zur Anwendung der höchsten Aufmerksamkeit rechtlich verpflichtet war und die eingetretene Rechtsverletzung dadurch vermieden hätte. — §. 101 des St.G.B.

Muß man nach dem erwähnten Zugeständnisse die Kenntniß der Wirkungen des Strychnin bei dem Rekurrenten voraussetzen, so folgt daraus — wie die Gerichts-Aerzte es gleichfalls behauptet haben — daß er den Tod des Kindes als sehr wahrscheinliche Folge seines Verfahrens vorhersehen konnte.

Der Zweifel, ob das Kind überhaupt nur eine den Tod desselben erklärende hinreichende Menge Strychnin bekommen habe, weil die Hälfte des ihm dargereichten Löffel-Inhaltes verschüttet und in dem Magen nur Spuren dieses Giftes aufgefunden wurden, ist — abgesehen von den übrigen, den Tod des Kindes begleitenden materiellen Erscheinungen — schon durch das obergerichtsärztliche Gutachten vollständig beseitigt, wornach das Strychnin unaufgelöst auf den Boden des Löffels fallen mußte und die aufsaugenden Gefäße bereits einen Theil resorbirt hatten. Die aus diesen Beanstandungen gezogenen Folgerungen fallen daher hinweg.

Die weitere Ausführung des Rekurrenten, daß er höchstens einen Kunstfehler begangen habe, da man über die nur relative Schädlichkeit des Strychnins einverstanden sei, und sowohl nach der früher in Anwendung gewesenen preußischen, als nach der neuern badischen Pharmacopöe eine noch größere Quantität Strychnin im Allgemeinen zu verordnen erlaubt sei und die Berufung auf ein von der großh. Sanitätscommission zu erhebendes Gutachten ist gegenüber dem — nach den gerichtsärztlichen Darlegungen überdieß ganz glaubhaften — Zugeständnisse, daß die in Frage stehende Ordination ihre Entstehung irgend einem Versehen zu verdanken hat und weil eine Meinungs-Verschiedenheit der Ober- und Untergerichts-Aerzte nicht vorliegt, ganz unerheblich.

Der Umstand, daß das schon am 19. Juni verordnete Pulver erst am 11. Juli eingegeben wurde, und die Behauptung, daß in dieser langen Zwischenzeit der Zustand des Patienten sich wesentlich — und zwar so — verändert haben könne, daß das Pulver nicht mehr hätte gebraucht werden sollen, gereicht dem Rekurrenten nicht zum Vorschub; denn nicht nur haben die Gerichts-Aerzte die Strychnin-Vergiftung als die einzige Todes-Ursache anerkannt, sondern es würde selbst dann, wenn andere und neue Krankheitserscheinungen dazu mitgewirkt hätten, der eingetretene Tod der sträflichen Fahrlässigkeit des Rekurrenten zuzuschreiben gewesen sein, welche alsdann darin bestund, daß er der Pflegemutter des Kindes in dieser Beziehung keinerlei Vorschrift gab, vielmehr nach deren Angabe den Beginn der Kur von dem Eintritt guten Wetters lediglich abhängig gemacht hatte.

Es kann sich der Rekurrent endlich auch nicht durch das Vorbringen schützen, es hätte der Apotheker Klaschek die Pulver nicht bereiten, sondern das Recept zurückweisen sollen; denn wäre derselbe auch unter vorliegenden Umständen dazu berechtigt oder verpflichtet gewesen, so würde doch der Rekurrent dadurch der Verantwortlichkeit für seine eigenen Handlungen nicht enthoben sein.

Was die erkannte Strafe betrifft, so kommen nicht die Gesetze des Kantons Thurgau, sondern die badischen Strafbestimmungen hier zur Anwendung, weil die Handlung, aus welcher die Rechtsverletzung hervorging, im Inlande begangen ist. —

— §. 4 des Strafgesetzbuches. —

Nach den Letztern — §§. 543 und 211 des St.G.B. — unterliegt es aber keinem Zweifel, daß Arbeitshausstrafe zu erkennen war, durch deren geringstes Maaß — §. 35 ff. — daher der Rekurrent nicht beschwert erscheint.

Demnach mußte das hofgerichtliche Urtheil auch in Beziehung auf die Strafdauer bestätigt und nur in Anwendung der §§. 51 und 52 des St.G.B. verstattet werden, daß diese Strafe in einer Festung oder einer andern ihr gleichgestellten Anstalt vollzogen werde.

Aus diesen Gründen 2c.

Haager.

II.

1) Für die Alimentationsklagen nach Maßgabe des Gesetzes vom 21. Februar 1851 (Reg.-Bl. No.

15) ist die Vermöglichkeit des Beklagten kein nothwendiges Erforderniß.

2) Das nachträgliche schriftliche Zeugniß eines Beamten über dienstliche Wahrnehmungen ist kein wirksames Beweismittel in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten; es ist vielmehr nöthig, den Beamten als Zeugen gerichtlich einzuvernehmen.

Rappenegger gegen Weber.

In einem Alimentationsprozesse der gedachten Art hatte der klagende Theil in Folge der unterrichterlichen Beweisauflage den Beweis über die Ausübung des Beischlafs dadurch angetreten, daß er sich auf einen Zeugen berief und bat, über ein vor dem großh. Pfarrer abgelegtes mündliches Geständniß des Beklagten von dem betreffenden Pfarramt Auskunft zu erheben. Statt, wie es nach der wirklichen Intention des Beweisführers zulässig war, den Pfarrer als Zeugen abzuhören, wendete sich der Unterrichter mit einem Ersuchschreiben an das Pfarramt, worauf dieses in einem dienstlichen Antwortschreiben unter Schilderung aller Einzelnheiten die Ablegung des Geständnisses bestätigte, und am Schlusse bemerkte: „Ein Akt wurde hierüber nicht aufgenommen, weil dieses von keiner Seite verlangt wurde, und die ganze Verhandlung nur den Zweck hatte, seelsorgerlich auf die Betheiligten einzuwirken.“

Zum Zwecke des Beweises der bestrittenen Vermöglichkeit des Beklagten beantragte der klagende Theil, von dem Gemeinderath ein Vermögenszeugniß einzufordern, was sodann auch geschah. Nachdem dies Zeugniß eingekommen war, und nachdem das pfarramtliche Schreiben den Betheiligten eröffnet worden war, erließ der Unterrichter, ohne das Vermögenszeugniß zu produziren, auf Grund dieser Beweismittel das Enderkenntniß, worin der dem Streite beigetretenen Mutter über den Beischlaf der Erfüllungseid auferlegt, und von dessen Leistung die Verurtheilung des Beklagten zur Bezahlung eines wöchentlichen Ernährungsbeitrags von 30 kr. abhängig gemacht wurde.

Auf Appellation des Beklagten bestätigte das großh. Hofgericht des Mittelrheinkreises am 29. September l. J. das amtliche Urtheil.

Hofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Der im Gesetze vom 21. Februar 1851 (Reg.-Bl. No. 15) wohlbegründeten Klage hat der Beklagte nur insofern Widerspruch entgegengesetzt, als er seine Vermöglichkeit und den behaupteten Beischlaf bestritt.

Die Erstere ist zufolge §. 2 des angeführten Gesetzes kein Erforderniß der Klage, sondern es ist dieselbe gemäß §. 3. Abs. 2 des Gesetzes nur Eines der Momente, welche das richterliche Ermessen bei Festsetzung der Größe des Ernährungsbeitrags bestimmen und leiten. *)

Der Gemeinderath der Stadt N hat aber in seinem Bericht vom 21. Juni l. J die Vermögenslage des Beklagten so günstig geschildert, daß in Berücksichtigung der übrigen Umstände der im unterrichterlichen Urtheile bestimmte Ernährungsbeitrag nicht als zu hoch erscheint.

Zum Beweise der Thatsache des Beischlafs berief sich der klagende Theil in erster Instanz auf das Zeugniß der Ehefrau B. und des großh. Pfarramts. Die Aussagen der Ersteren enthalten jedoch nichts Erhebliches, und das zweite Beweismittel kann wegen der unzuläßigen Art seiner Erhebung keine Berücksichtigung finden.

Da es sich nemlich hierbei nicht um einen bei dem Vorgang vor dem Pfarramt von diesem in beweislicher Form aufgenommenen Akt, sondern um ein nachträgliches Zeugniß über einen ohne Protokollirung vorübergegangenen Vorfall handelt, so kann hier nicht vom Urkundenbeweise, sondern nur vom Zeugenbeweise die Rede sein. Daher kann die erhobene schriftliche Aeußerung des Pfarrers nicht genügen, indem nach §. 447 Pr.O. jeder Zeuge, welcher reden kann, sein Zeugniß mündlich vor Gericht abgeben muß. Sowohl das ganze System der Beweismittel in Titel 19 bis 28 der Prozeßordnung und in Kap. VI. Titel III. Buch III. des Landrechts, als auch die Einzelnbestimmung in §. 470. Z. 4 Pr.O. zeigen, daß weltliche und geistliche Beamte auch hinsichtlich ihrer dienstlichen Wahrnehmungen hievon nicht ausgenommen sind.

*) Die Unvermöglichkeit der natürlichen Mutter ist nach §. 2 allerdings die Voraussetzung, ohne welche gegen den Beischläfer nicht geklagt werden darf, allein diese besteht, wie der mittelrheinische Gerichtshof schon mehrfach ausgesprochen hat, nicht in der gänzlichen Vermögenslosigkeit der Mutter, sondern darin, daß dieselbe nach Berücksichtigung aller Verhältnisse, z. B. Kränklichkeit der Mutter, Besitz von ehelichen Kindern u. s. w., außer Stand ist, ihr uneheliches Kind zu ernähren. Aehnlich ist es mit der Zulassung zum Armenrechte. — Um eine solche Mittellosigkeit darzuthun, wird, obwohl man nach der Strenge der civilprozessualischen Beweisregeln hierwegen Zweifel hegen kann, gemäß §. 41. Abs. 2 der Gemeindeordnung ein gemeinderäthliches Vermögenszeugniß um so mehr genügen, als dem Beklagten der Gegenbeweis freisteht. Daher ist dasselbe jedenfalls gehörig zu produziren. — D. E.

Auch der gemeine Civilprozeß kennt keine Abweichung von diesen Regeln. (Linde, §. 269. Bayer, S. 466 lit. E. und S. 467.)

Nach der Sachlage in erster Instanz ist daher der Beklagte Appellant durch die Auflegung des Erfüllungseides an die Beiklägerin allerdings beschwert. Anders verhält es sich aber jetzt, da der klagende Theil in zweiter Instanz zulässiger Weise zwei weitere Zeugen vorschlug, und von diesen solche Umstände bezeugt worden sind, welche ein, innerhalb des vom Gesetze bezeichneten Zeitraums stattgehabtes, geschlechtsvertrauliches Verhältniß des Beklagten mit der Beiklägerin wenigstens wahrscheinlich machen, weßhalb, ohne daß es hinsichtlich des großh. Pfarrers der nachträglichen Zeugeneinvernahme bedurfte, nunmehr die Zulassung der Beiklägerin zum Erfüllungseide gerechtfertigt ist. — §. 6 des angef. Ges. L.R.S. 1367. Pr.O. §. 587. 588.

Aus diesen Gründen ꝛc.

Dr. Puchelt.

III.

Entschädigungspflicht des Gemeinderaths wegen wissentlicher Ausstellung eines unrichtigen Vermögenszeugnisses. Anwendung und Auslegung von L.R.S. 1382 ff., namentlich von L.R.S. 1382 d. und e.

Kläger hatte sich bei Zusage eines Darleihens von 300 fl. ausbedungen, daß die Anleiher einen vom Gemeinderath als zahlungsfähig beurkundeten Bürgen stellen. Darauf übernahm Anton Hirth die Bürgschaft, und übergaben die Anleiher das verlangte Zeugniß, wogegen sie das Darleihen ausbezahlt erhielten. In der Folge wurden die Hauptschuldner zahlungsunfähig, und verlor der Kläger in der Betreibung gegen den Bürgen seine ganze Forderung, deßhalb trat Kläger mit einer Regreßklage gegen die Aussteller des Zeugnisses auf, welches also lautete:

Vermögenszeugniß.

Auf Verlangen wird dem ledigen und volljährigen Anton Hirth, neu angehenden Bürger und Rebmann von Waldulm das pflichtmäßige Zeugniß ertheilt, daß er ein freies liegenschaftliches Vermögen von 4000 fl. — sage viertausend Gulden besitzt.

Waldulm, den 23. Dezember 1846.

Der Gemeinderath.

(L. S.) Bürgermeister Panther.
Gemeinderath Hund.
Gemeinderath Huber.

Der Unterrichter legte den Beklagten den Notheid darüber auf, ob sie das Zeugniß zu dem Zwecke, um die Aufnahme des Darleihens möglich zu machen, ausgestellt haben. Auf die Berufung des Klägers hat das großh. Hofgericht des Mittelrheinkreises die Beklagten unbedingt zur Zahlung verurtheilt.

(Urtheil In Sachen Ling gegen Panther vom 20. Oktober l. J.)

Entscheidungsgründe.

Daß die Beklagten in ihrem Zeugniß vom 23. Dezember 1846 wissentlich eine unwahre Beurkundung ertheilt haben, ergibt sich aus deren eigenen Vorträgen, denn in der Vernehmlassung und in einer späteren Eingabe vom 21. August v. J. erklären sie, daß der Bürge Anton Hirth zu jener Zeit an Fahrnissen und Liegenschaften ein Vermögen von 3000 fl. besessen, und seine damalige Braut, spätere Ehefrau, ein Vermögen von 1600 fl. gehabt habe, und daß sie, die Beklagten, durch Zusammenrechnung dieser beiden Vermögen die beurkundete Vermögenssumme von 4000 fl. gefunden hätten. Das Zeugniß spricht aber nur von dem Vermögen des Anton Hirth, nicht auch von dem seiner Braut, und nur von den Liegenschaften, nicht auch von dem Fahrnißvermögen. Dadurch haben die Beklagten umsomehr eine unrechte That im Sinne von L.R.S. 1382. 1382 a verübt, als sie kraft der durch §. 41 Abs. 2 der Gemeindeordnung eingeräumten Befugniß mit Beidrückung des Ortssiegels ein gemeinderäthliches, also amtliches Vermögenszeugniß ausstellten. Ihre Handlungsweise würde nach §. 677 des neuen Strafgesetzbuchs sogar ein peinlich strafbares Verbrechen bilden.

Gemäß L.R.S. 1382. 1382 b, c und e sind die Beklagten verpflichtet, allen durch diese ihre unrechte That mit oder ohne ihre Absicht verursachten Schaden nach dem Maßstab von L.R.S. 1151 zu ersetzen. Hiefür müssen sie aber auch nach den vorliegenden Umständen sammtverbindlich haften, denn sie haben wissentlich eine falsche Beurkundung gemeinsam ertheilt; sie haben das Zeugniß aus den Händen gegeben, wobei sie das Bewußtsein ha-

ben mußten, daß es zu einem beschädigenden Vorgange gebraucht werden könne, haben mithin dazu jedenfalls wenigstens stillschweigend eingewilligt, und hierin liegen alle Merkmale des nach L.R.S. 1382 d. erforderlichen vorsätzlichen Zusammenwirkens.

Dies zeigt nun schon, daß es darauf, zu welchem besonderen Zweck die Beklagten das Zeugniß ausstellten, nicht ankommt, weßhalb der vom Unterrichter hierüber den Beklagten auferlegte Notheid sich nicht rechtfertigen läßt. Sofern daher die Klage im Uebrigen begründet und bewiesen, auch durch Einreden nicht zerstört ist, müssen die Beklagten unbedingt verurtheilt werden.

Da eine dem Kläger gegenüber von den Beklagten gegebene Empfehlung oder ein ihm von diesen ertheilter Rath nicht behauptet wurde, also L.R.S. 1381 aa. bis a. c. nicht anwendbar sind, so ist der Verlust des Klägers nicht schon allein deßhalb eine unmittelbare und natürliche Folge der unrichtigen Beurkundung, weil er bewiesener Maßen durch dieselbe zur Hingabe des Darleihens bewogen wurde; denn erst das Hinzutreten verschiedener anderer Verhältnisse, nämlich die Zerrüttung der Vermögenslage von Hauptschuldner und Bürgen, sowie das Zuvorkommen eines andern Gläubigers bewirkten, daß Kläger für seine Forderung ohne Befriedigung blieb, — L.R.S. 1382 e. und 1151. — Dagegen haben die Beklagten, wie erwähnt, zugegeben, daß das liegenschaftliche Vermögen des Bürgen A. Hirth um eine, die klägerische Forderung weit übersteigende Summe unter dem bezeugten Vermögensbetrage stund; ferner ist durch die producirten Amtsrevisoratsakten dargethan, daß schon seit dem Jahre 1844, also vor Ausstellung des Zeugnisses, auf den Liegenschaften des Anton Hirth eine mit Vorzugsrecht versehene Forderung seiner Mutter mit 983 fl. ruhte, welche bei der Vertheilung des Erlöses der Zwangsversteigerung zur vollen Befriedigung gelangte. Darin ist nun der nach dem Gesetze erforderliche, ursächliche Zusammenhang ganz in der gleichen Weise ersichtlich, wie er nach L.R.S. 2127 a. 2197 als Folge von unrichtigen Beurkundungen der Pfand- und Gewährgerichte anzunehmen ist. Denn der Kläger verabfolgte das Darleihen auf Grund des Zeugnisses und dessen Unrichtigkeit, nämlich der Mangel des beurkundeten Sicherheits- und Zugriffsobjekts, sowie dessen Verminderung durch die darauf ruhende Vorzugsforderung, sind die Ursache, daß der Kläger in Verlust gerieth. —

Dr. Puchelt.

IV.

1) Wenn in dem Zeugniß des Pfandgerichts (L.R.S. 2127 a. Z. 2) zugleich die Beurkundung gegeben ist, daß auf den Unterpfändern keine stillschweigenden Pfandrechte haften, so muß das Pfandgericht für den durch das Vorhandensein älterer gesetzlicher Pfandrechte verursachten Schaden sammtverbindlich haften.
2) Die Unterlassung der Streitverkündung hat, sofern letztere nicht gesetzlich vorgeschrieben ist, nur die Folge, daß der Gegentheil die Prozeßführung als mangelhaft anfechten darf.
3) Welche Mängel der Prozeßführung sind erheblich?

In dem Rechtsstreite der Versorgungsanstalt gegen das Pfandgericht Offenburg, Entschädigungsforderung betreffend, wurden die obigen Fragen gleichmäßig von dem Oberamte Offenburg, dem mittelrheinischen Hofgerichte und dem obersten Gerichtshofe zu Gunsten der klagenden Versorgungsanstalt entschieden.

Oberhofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Das beklagte Pfandgericht hat in seinen Zeugnissen ausdrücklich beurkundet, daß auf dem Pfandobjekte der Klägerin keine „stillschweigenden" d. h. keine uneingetragenen Pfandlasten haften. Seine Beurkundung kann daher unmöglich dahin verstanden werden, daß nur bezeugt werden sollte, es seien keine Pfandrechte im Pfandbuch eingetragen. Das Pfandgericht hat ferner ausdrücklich die Gewährschaft und Verantwortlichkeit für sein Zeugniß übernommen, und es kann unter dieser Verantwortlichkeit keine andere gemeint sein, als diejenige, welche der L.R.S. 2127 a den Pfandgerichten überhaupt auflegt. Wäre daher das Pfandgericht auch nicht verbunden gewesen, sein Zeugniß auf stillschweigende Pfandlasten auszudehnen, so ist dieß doch freiwillig von ihm geschehen, und da es hiebei in der Eigenschaft als Pfandgericht gehandelt und die Gewährschaft übernommen hat, so haftet dasselbe für die erwiesene Unrichtigkeit sammtverbindlich. Oberhofgerichtliche Jahrb. 13. Bd. S. 133. —

Ein entschuldbarer Irrthum im Sinne des Satzes 2197 ist nicht nachgewiesen, denn die Beurkundung stützt sich nirgends auf ein anderweites mangelhaftes Zeugniß, dessen

Mangelhaftigkeit die Beklagten nicht zu verantworten hätten. Die Klage wird auch nicht durch den Vorwurf der unterlassenen rechtzeitigen Streitverkündung elidirt, weil ein bestimmtes Gesetz die Streitverkündung hier überhaupt nicht vorschreibt, sondern die Beklagten haben nur das Recht, nachzuweisen, daß die Klägerin durch nachlässige Prozeßführung, also durch eigenes Verschulden (L.R.S. 1148 a.) ihren Verlust veranlaßt oder vergrößert habe.

Diese Voraussetzung ist nun

1) bezüglich des Wohnungsrechts der Ehefrau des Hauptschuldners, welches die Klägerin zu bestreiten versäumt haben soll, darum nicht vorhanden, weil ungeachtet dieser Last aus dem Pfandobjekte mehr erlöst wurde, als zur Befriedigung der Klägerin nöthig gewesen wäre, und diese also im Vertrauen auf die Richtigkeit des ausgestellten Zeugnisses keinen Anlaß hatte, das Wohnungsrecht anzufechten, und jenes Vertrauen der Klägerin von Seiten der Beklagten nicht als Nachlässigkeit aufgerechnet werden kann;

2) Völlig grundlos ist die Behauptung, daß die Klägerin versäumt habe, den Eintritt in die Rechte des Gläubigers von Reveu geltend zu machen, denn es hatte die hier allein mögliche Subrogation des Satzes 1250 nirgends stattgefunden. Nicht minder fehlt es

3) auch der Behauptung an aller näheren Begründung daß die Forderung des der Klägerin vorgesetzten Gläubigers (der Bauer'schen Kinder) mit Erfolg hätte bestritten werden können, und daß die Klägerin durch das Unterlassen dieser Bestreitung eine Nachlässigkeit begangen habe ꝛc. ꝛc. P.

V.

Ueber Nachlaßverträge in Handelsganten.

1) Dieselben sind auch für diejenigen Gläubiger verbindlich, welche nicht zugestimmt haben oder nicht erschienen sind, insofern die richterliche Bestätigung erfolgt ist;

2) die nicht erschienenen Gläubiger, auch wenn sie nicht geladen worden, können deren Gültigkeit nicht bestreiten, außer wenn sie nach §. 810 P.O. speziell vorzuladen waren.

3) Durch den Nachlaßvergleich erlischt der nachgelassene Betrag der Forderungen dem Schuldner gegenüber, und kann auch dann nicht nachgefordert werden, wenn der Schuldner wieder zu Vermögen kommt; es kann deßhalb

4) die nachgelassene Forderung nicht zur Wettschlagung gebracht werden.

Diese Sätze sind vom großh. Hofgericht des Unterrheinkreises in dem Rechtsfalle Ansbacher gegen Kohlhagen angenommen worden. Die nachfolgenden Entscheidungsgründe, welche auch das Thatsächliche des Falls enthalten, lassen gegen die Richtigkeit der Entscheidung kaum einen Zweifel aufkommen.

Entscheidungsgründe.

Die Handlung G. und W. Kohlhagen in Heidelberg schuldete dem Kaufmann Johann Philipp Leber in Fürth für empfangene Waaren 247 fl. 18 kr., zu deren Bezahlung sie ihrem Gläubiger am 19. Februar 1848 einen von ihr an dessen Ordre auf August Frommel in Augsburg gezogenen Wechsel von 206 fl. 5 kr. Corrent oder 247 fl. 18 kr. im 24½ fl.-Fuß übergab. Dieser Wechsel ging durch Indossament auf den Kläger, von diesem auf J. E. Wertheimer und auf mehrere andere Personen über, wurde beim Verfalltag protestirt und von Samson Biswanger zu Ehren Wertheimers angenommen und eingelöst, welcher Letztere sodann seinen Regreß auf den Kläger nahm, und von diesem, wie er übereinstimmend mit der Behauptung des Klägers nach erfolgter Beiladung anerkannte, den Ersatz der Wechselsumme erhielt.

Nachdem der wechselrechtliche Regreß an die Ausstellerin durch Verjährung erloschen und die Firma G. u. W. Kohlhagen aufgelöst ist, fordert nun der Kläger von dem Beklagten als ehemaligem Theilhaber dieser Firma nach §. 83 der deutschen W.O. und A.H.S. 22 Ersatz der bezahlten 247 fl. 18 kr., weil Beklagter durch die vom Kläger bewirkte Zahlung obiger Waarenschuld um diese Summe bereichert sei.

Der Unterrichter hat dem Kläger nur 20 pCt. dieser Forderung nach Abzug eines unstreitigen Prozeßkostenguthabens des Beklagten zuerkannt, weil gegen die Handlung G. und W. Kohlhagen im Jahr 1848 Gant erkannt und solche durch einen gerichtlich bestätigten Nachlaßvergleich, in welchem die Gläubiger auf 80 pCt. ihrer For-

derungen verzichteten, beendigt wurde, indem der Unterrichter von der Ansicht ausging, daß durch den Vergleich auch der Kläger gebunden sei, obwohl er sich in der Gant nicht gemeldet habe.

Der Kläger hält sich durch dieses Urtheil für beschwert, weil der Unterrichter dieser Einrede stattgegeben habe, obwohl der Beklagte zu hinreichendem Vermögen gekommen sei, und weil nicht wenigstens die Prozeßkosten-Forderung an den als nachgelassen betrachteten 80 pCt. der eingeklagten Forderung in Abzug gebracht und dem Kläger volle 20 pCt. zugesprochen wurden.

Diese Beschwerden erscheinen jedoch unbegründet.

Nach A.H.S. 225 wird der von einem zahlungsunfähigen Handelsmann abgeschlossene Nachlaßvergleich für alle gemeine Gläubiger bindend, sobald er die richterliche Bestätigung erhalten hat, folglich auch, da das Gesetz nicht unterscheidet, für die Gläubiger, welche dem Vergleich nicht beigestimmt oder die sich überhaupt in der Gant nicht gemeldet haben.

Vergl. Schiebe, Handelsrecht nach Pardessus No. 1250.

Dalloz, Jurisprudence de XIX. Siècle Tom. XV. s. v. faillites ch. I. Sect. VI. Art. III. p. 175.

Laukhardt, Rechtsfälle VI. Bd. S. 147.

Stempf, Gantverfahren S. 31. 32.

Dabei ist es, wenigstens nach französischem Recht gleichgültig, ob ein Gläubiger zur Anmeldung seiner Forderung speciell aufgefordert wurde oder nicht, insofern nicht die Aufforderung in Folge eines Betrugs des Schuldners unterblieben ist.

(Schiebe und Dalloz a. a. O.)

Für den vorliegenden Fall kann es aber auch nach der badischen Prozeßordnung nicht darauf ankommen, ob dem Kläger das Ganteditt speciell zugestellt wurde, weil die besondere Zustellung dieser Aufforderung nach §. 855 der älteren und §. 819 der neueren Pr.O. nur an die Gläubiger zu geschehen hat, welche vom Schuldner selbst angegeben, und in das Vermögens-Verzeichniß aufgenommen wurden, oder in den Grund- und Pfandbüchern eingetragen sind, oder endlich das Gantverfahren selbst veranlaßt haben. Da der Kläger selbst nun behauptet, daß der Beklagte Kenntniß von seiner Forderung gehabt habe, so war weder nach §. 819 der Pr.Ord. die spezielle Vorladung des Klägers geboten, noch kann eine betrügerische Absicht des Beklagten unterstellt werden.

Hiernach hat der Unterrichter mit Recht die Bestimmungen des Nachlaßvergleichs auf den Kläger angewendet, und es fragt sich daher nur noch, ob der Kläger die Bezahlung seiner ganzen Forderung dann verlangen kann, wenn Beklagter, wie behauptet wird, wieder zu hinreichendem Vermögen gekommen ist. Die Bestimmung des §. 903 der neueren Pr.O., auf welche sich Kläger deßhalb beruft, bezieht sich jedoch nur auf den Fall einer Vertheilung der Gantmasse, wie aus der Hinweisung auf §. 900 der Pr.O. unzweifelhaft hervorgeht. Die rechtliche Folge eines Nachlaßvertrags muß daher lediglich nach dem bürgerlichen Rechte oder hinsichtlich der Handelsganten nach den etwaigen besonderen Vorschriften des Handelsrechts beurtheilt werden, welche nach §. 908 der Pr.O. neben diesem Gesetze fortbestehen. Da aber nach L.R.S. 1234 Verbindlichkeiten durch Nachlaß vollkommen erlöschen, und die A.H.S. 220. 223—225 keine entgegenstehenden Bestimmungen über einen Vorbehalt wegen der nachgelassenen Beträge enthalten und namentlich auch nicht zwischen ausdrücklichem und fingirtem Nachlaß unterscheiden, ist es unzweifelhaft, daß dem Kläger ein Klagrecht wegen der ihm aberkannten 80 pCt. seiner Forderung nicht mehr zusteht.

Schiebe a. a. O. No. 1247.

Dalloz l. c. Art. IV. Art. 2. S. 188.

Oberhofgerichtliche Jahrbücher XII. S. 333. XIII. S. 141 ff.

Hiermit widerlegt sich endlich auch die Beschwerde hinsichtlich der Compensation der Prozeßkostenforderung, da nach L.R.S. 1291 die Wettschlagung nur zwischen klagbaren Forderungen stattfindet, weßhalb der Kläger nicht als beschwert erscheint, wenn der Unterrichter die Gegenforderung des Beklagten an der rechtlich begründeten und nicht an der natürlichen Schuld des Beklagten in Abzug brachte.

Aus diesen Gründen ꝛc.

K.

VI.

Können Ehegatten gegen einander Injurienklagen anstellen?

Unser sonst so ausführliches St.G.B. enthält über diese Frage keine Bestimmung. Und in den Schriften über die strafrechtliche Behandlung der Injurien wird

dieser Frage meistens gar nicht gedacht. Die umständlichste Erörterung hierüber hat Abegg im Archiv des Criminalrechts von 1842 S. 393 ff. geliefert, welcher zu dem Resultate gelangt, daß nach der Natur der Sache und nach dem Charakter der Ehe Injurienklagen unter Ehegatten nicht zulässig seien. Diese Ansicht hat auch schon früher das Hofgericht des Unterrheinkreises ausgesprochen (vergl. Annalen VIII. S. 72) und nach derselben Ansicht hat das Hofgericht des Seekreises in der Sache des Thomas Boll von R. gegen seine Ehefrau wegen Ehrenkränkung erkannt, nämlich den klagenden Ehemann mit der von ihm erhobenen Injurienklage abgewiesen. Die hofgerichtlichen Entscheidungsgründe besagen:

Mit dem Wesen der Ehe und der hiernach vorausgesetzten persönlichen Gesinnung zwischen den Ehegatten ist es unvereinbarlich, daß Zwistigkeiten unter Ehegatten und Aeußerungen, welche unter anderen Umständen für ehrverletzend gelten, von den Gerichten als Ehrenkränkungen behandelt und bestraft werden. Erreichen dieselben eine solche Bedeutung, daß sie unter die harten Mißhandlungen und groben Verunglimpfungen zählen; so gibt dies Grund zu einer Ehescheidungsklage. L.R.S. 231. Sind sie aber geringfügiger Natur, so bringt es das Wesen der Ehe mit sich, daß sie nicht als Ehrenkränkung aufgenommen oder wieder verziehen werden. Würde Klage auf Strafe oder gerichtliche Genugthuung gestattet sein, so wäre dieses das Mittel die blos vorübergehende Entfremdung, welche durch die in der Regel bald eintretende Versöhnung wieder gehoben wird, durch gerichtliche Züchtigung und Ahndung in eine möglicherweise bleibende Erbitterung umzuwandeln, wodurch die Versöhnung erschwert und verzögert werden muß. Schwere Beleidigungen von der in L.R.S. 231 bezeichneten Art, wenn sie nicht als Mittel zur Ehescheidung benützt werden wollen, dürfen auch nicht zur Anstellung einer Ehrenkränkungsklage geltend gemacht werden.

Der Schluß a majori ad minus ist hier nicht gestattet. Wo die schwere Beleidigung dem beleidigten Ehegatten nicht wichtig und kränkend genug erscheint, die Scheidung zu verlangen; so ist dem Charakter der Ehe ebenso und aus denselben Gründen, wie bei den leichtern Kränkungen widersprechend, sie zu einer Injurienklage zu benützen. So lange das letzte Mittel der Scheidung nicht ergriffen wird, verlangt das eheliche Verhältniß, daß man verzeiht und sich versöhnt, so daß dem Beleidigten auch in diesem Falle nur die Wahl freisteht, die Scheidung zu verlangen oder das Zerwürfniß beizulegen.

Haager.

VII.

Unterscheidung zwischen Diebstahl und Unterschlagung.

Annalen S. 192 dieses Jahrgangs.

Escher in seiner Schrift: „Die Lehre vom strafbaren Betruge und von der Fälschung" S. 278 sagt:

„Die Entwendungen von Bettstücken, Leuchtern und anderen Geräthschaften durch Personen, welche in gemietheten möblirten Zimmern wohnen, ist nicht Unterschlagung, sondern Diebstahl; denn diese Geräthschaften sind ihnen nur zum Gebrauche hergegeben, aber nicht in dem Sinne anvertraut, daß der Vermiether sich des Besitzes daran begeben hätte."

Nach dieser Ansicht wurde vom Hofgericht des Seekreises in folgendem Falle erkannt:

Fidel Neidhard von M. hatte aus dem Hause des Spitals daselbst, wo er von Polizeiwegen untergebracht war, von der ihm zum Gebrauch zugewiesenen Bettstelle das Unterbett und Leintuch weggenommen und anderweit gegen ein Darleihen von 25 kr. als Faustpfand hergegeben, später auch ausdrücklich erklärt, daß er die Bettstücke nicht mehr auslösen wolle. In den hofgerichtlichen Entscheidungsgründen ist nun gesagt:

Diese Handlung bildet nicht etwa blos das Vergehen der Unterschlagung, sondern das Verbrechen des Diebstahls, weil der Eigenthümer der erwähnten Gegenstände dadurch, daß er dem Angeschuldigten deren Gebrauch gestattete, den Besitz nicht aufgegeben, sondern dadurch fortgesetzt hat, daß er die Bettstücke in seinem Haus behielt und die Aufsicht darüber während des Gebrauchs des Angeschuldigten fortführte.

Haager.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXI. **No. 41.** Mannheim, 7. October **1854.**

I.

Entscheidungen

französischer Gerichtshöfe, insbesondere des Cassationshofs über einzelne Rechtsfragen aus dem Code civil und aus dem Code de commerce.

(Forts. von No. 12)

Gegen diese Entscheidung appellirte Frau Dufay, worauf der Appellhof von Paris eine Schenkung derselben an ihre Tochter, bestehend in einem Capital von 14,000 Fr., welches zu ihrem Vermögen gehört hatte, für nichtig erklärte, im Uebrigen aber das Urtheil erster Instanz bestätigte.

Gründe. Nach dem Art. 217 und 905 des C. c. kann eine Frau, selbst wenn sie im Vermögen getrennt ist, ohne Zustimmung und Ermächtigung ihres Mannes unter Lebenden nicht schenken; und wenn man auch, besonders bei Handgeschenken mit Recht annimmt, daß nicht bei Strafe der Nichtigkeit eine schriftliche Ermächtigung nothwendig ist, vielmehr eine mündliche oder selbst eine solche Ermächtigung genügt, welche der Richter aus Thatsachen und Umständen ableiten kann, so liegt doch weder für die eine noch für die andere Art der Ermächtigung irgend ein Beweis vor, noch ist ein solcher angeboten.

Im Uebrigen behauptet man mit Unrecht, daß sich die Appellantin nach den Bestimmungen des Art. 1449 ohne Ermächtigung ihres Mannes, durch ein Handgeschenk eines Capitals entäußern konnte. Denn wenn der zweite Absatz dieses Artikels der Frau gestattet über ihre fahrende Habe zu verfügen und dieselbe zu veräußern, so ist diese Befugniß doch weder eine unbedingte, noch eine unbegrenzte, vielmehr bezieht sich dieselbe, richtig verstanden, offenbar auf den ersten Absatz jenes Artikels, und die Befugniß kann daher nur ausgeübt werden nach den Bedürfnissen und in den Grenzen einer freien Verwaltung des Vermögens, in welche die Frau zurücktritt. Durch jede andere Auslegung würden alle Garantien aufgehoben werden, durch welche der Gesetzgeber die Gefahren des Ruins beseitigen wollte, den die unbedingte Freiheit selbst der getrennten Frau über all ihr Capitalvermögen ohne alle Controlle zu verfügen, zur Folge haben könnte; eine solche Auslegung stünde daher im Widerspruch mit dem Geist unserer Gesetze, welche im Interesse der Familien wie in ihrem eigenen Interesse die Ehefrauen gegen ihre Schwäche, Unerfahrenheit und Unkenntniß in Schutz nehmen wollten.

Aus der richtigen Auslegung des Art. 1449 folgt aber die Nichtigkeit der Schenkung des Capitals von 14,000 Fr., welches zum Vermögen der Frau Dufay zu rechnen ist.

Was dagegen die übrigen Capitalien betrifft, welche offenbar die Ersparnisse der Frau Dufay von der Zeit ihrer Trennung von ihrem Mann im Jahr 1825 bis zur Trennung von ihrer Tochter im Jahr 1847 repräsentiren, so stand der Frau Dufay die freie Verfügung über ihr Einkommen, auch ohne Ermächtigung ihres Ehemannes und folglich auch eben so über die davon gemachten Ersparnisse zu, und es handelte sich nicht um die Veräußerung eines Capitals im wahren Sinn des Worts. Hieran wird auch durch die Größe der Summen nichts geändert; vielmehr muß hier zwischen Capitalien, welche von angehäuften Einkünften herstammen und von der getrennten Frau selbst angelegt wurden, ehe sie dieselben verschenkte, und zwischen solchen Capitalien unterschieden werden, welche in der Hand der Geschenknehmerin von nach und nach erhaltenen Handgeschenken sich angesammelt haben, welche die Grenzen der gesetzlichen Verfügungsgewalt der Geschenkgeberin über ihre Einkünfte nicht übersteigen und aus Ursachen

erfolgt sind, welche die geschehene Verfügung rechtfertigen. Aus den Verhandlungen des Prozesses und aus den vorgelegten Urkunden ergibt sich aber, daß die Ersparnisse nicht nur von dem Einkommen der Frau Dufay, sondern auch von dem Einkommen ihrer Tochter von einem Capital derselben von 9000 Fr. gemacht wurden und größtentheils der sorgsamen Verwaltung des beiderseitigen Vermögens durch die letztere und der von ihr über die gemeinschaftliche Haushaltung geführten Aufsicht zu verdanken sind; so daß diese Handgeschenke als wohlverdiente Belohnungen betrachtet werden können, welche die Grenzen der Verfügungsgewalt der Frau Dufay über ihre fahrende Habe nicht übersteigen. (Urtheil des Appellhofs von Paris vom 28. Juni 1851. Sirey 1851. II. S. 337. Vrgl. auch Sirey 1814. I. S. 140. 1819. I. S. 339. 1828. I. S. 356. 1829. I. S. 181. 1831. I. S. 22. 1839. I. S. 663. Duranton tom. 2. No. 492. A. M. ist Delvincourt tom. 2. pag. 410. Note 16.)

81) Art. 2144 und 2151 des C. c.

Der Ehemann kann die Beschränkung des gesetzlichen Unterpfandsrechtes seiner Frau nur dann erwirken, wenn dieselbe ihre Einwilligung dazu ertheilt.

Gründe. Die ausdrückliche Vorschrift des Art. 2144 des C. c. verlangt zur Beschränkung des gesetzlichen Unterpfandsrechts der Frau auf Antrag des Mannes die Zustimmung derselben. Hiergegen kann man sich nicht auf den Art. 2161 des C. c. berufen, da dieser nur von der Beschränkung des richterlichen Unterpfandsrechtes von Gläubigern handelt, die Bestimmung des Art. 2144 aber eine besondere Begünstigung der Frau enthält. (Urtheil des Appellhofs von Paris vom 31. Mai 1851. Sirey 1851. II. S. 357. Vergl. Sirey 1848. II. 224. Gilbert ad Art. 2144. Troplong privilèges et hypothèques ad Art. 2144 No. 641.)

82) Art. 1035 und 1036 des C. c.

Wenn zwei Freigebigkeitsverfügungen durch Testament und durch Schenkung unter Lebenden zu Gunsten der nemlichen Person gemacht worden sind, so können, auch bei vollkomenem Stillschweigen des Schenkgebers, nicht beide nebeneinander in Anspruch genommen werden, wenn durch die Umstände nachgewiesen ist, daß beide auf derselben Ursache beruhen, und daß der Schenkgeber durch die zweite Schenkung nur die erste vollziehen wollte.

Johann Dumas vermachte durch Testament vom 8. Sept. 1825 jeder von den vier Töchtern seines Bruders die Summe von 100,000 Fr. mit dem Beisatz, daß einer jeden derselben ihr Legat am Tage ihrer Volljährigkeit oder ihrer Verheirathung ausbezahlt werden solle. Der Testator erlebte aber die Verheirathung seiner vier Nichten in den Jahren 1836, 1844, 1846 und 1847 und gab der ältesten eine Ausstattung von 60,000 Fr. u. jeder der jüngeren eine Ausstattung von 100,000 Fr.

Nach dem Tode des Dumas verlangten aber die vier Nichten noch die Auszahlung der ihnen im Testamente des Dumas vom 8. Sept. 1825 vermachten Legate, diese Ansprüche wurden aber verworfen und nur der Aeltesten die Summe von 40,000 Fr. als Ergänzung der ihr gemachten Schenkung zuerkannt.

Gründe. Aus den durch die Verhandlungen bewiesenen Umständen ergibt sich, daß Dumas, welcher bei Errichtung seines Testaments nicht geglaubt hatte, die Volljährigkeit oder die Verheirathung seiner Nichten zu erleben, dieselben bei ihrer spätern Verheirathung diejenige Ausstattung ganz, beziehungsweise theilweise gab, welche er ihnen in seinem Testamente zugedacht hatte. Hiernach beruhen aber beide Schenkungen auf einem und demselben Grund und die späteren Schenkungen wurden nur gemacht um dadurch die ältern ganz oder theilweise zu vollziehen. Hiernach können aber beide Willensverfügungen nicht getrennt von einander bestehen und es liegt in der letzten der stillschweigende Widerruf der ersten. Vrgl. Lex 11 cod. de legatis, wo ein ganz anologer Fall ganz auf dieselbe Weise entschieden wird. (Urtheil des Appellhofs von Paris vom 29. April 1851. Sirey 1851. II. S. 367. Vrgl. Sirey 1828 I. S. 267. 1807. I. S. 205. 1811. II. S. 20. 1818. II. S. 188. Gilbert ad Art. 1036. Sirey 1850. II. S. 241.

83) Art. 1498. 1434 des C. c.

1) Wenn Ehegatten die Errungenschaftsgemeinschaft auf die Liegenschaften beschränkt haben, so sind alle Schulden, welche der Mann während der Ehe gemacht hat, dem Vermögen der Errungenschaftsgemeinschaft aufzurechnen.

2) Dies ist um so gewisser, wenn die Ehe nach Dotalrecht eingegangen worden.

3) Wenn aus dem Akt über den Erwerb einer Liegenschaft durch den Mann nicht hervorgeht, welchen Ursprungs die Summe gewesen, mit welcher der Kaufpreis bezahlt worden, so ist die Frau bei der Auflösung der Gemeinschaft nicht berechtigt zu behaupten, daß die Summen von dem eingebrachten Fahrnißvermögen des Mannes ge-

nommen und deßhalb an diesem Einbringen abzuziehen seien.

1) Die Eheleute Bimard hatten sich nach Dotalrecht verheirathet und im Art. 8 ihres Ehevertrags festgesetzt, daß die Gütergemeinschaft auf die während der Ehe erworbenen Liegenschaften beschränkt sein solle. Bei Trennung der Ehe durch den Tod des Bimard entstand zwischen den Erben und zwischen der Wittwe desselben Streit darüber, ob die während der Ehe gemachten Schulden aus dem Vermögen bezahlt werden sollten, welches Gegenstand der Errungenschaftsgemeinschaft gewesen, oder ob zwischen Immobiliar- oder Mobiliarschulden unterschieden und nur die ersten der Gemeinschaft zur Last gesetzt oder ob dieselbe theilweise aus dem Gemeinschafts-, theilweise aus dem vorhandenen Fahrnißvermögen bezahlt werden müßten?

Der Appellhof von Rouen entschied aus folgenden Gründen für die erste Alternative:

Die im Art. 8 des Ehevertrags getroffene Bestimmung ist klar und deutlich, sie ist nach Art. 1497 des C. c. formell gültig und muß daher unter den Ehegatten als Gesetz gelten.

Durch diese Bestimmung wurde die eingegangene Errungenschaftsgemeinschaft auf die während der Ehe zu erwerbenden Liegenschaften beschränkt, wornach die während der Ehe erworbenen Fahrnisse Eigenthum des Mannes wurden. Jede durch Ehevertrag bedungene Gütergemeinschaft bleibt aber den Regeln über die gesetzliche Gütergemeinschaft unterworfen, soweit nicht durch den Ehevertrag ausdrücklich oder folgeweise das Gegentheil bedungen worden ist (Art. 1528 des C. c.); und da eine solche abweichende Bestimmung im Ehevertrage der Ehegatten Bimard nicht vorkommt, so muß auch hinsichtlich der in demselben bedungenen Errungenschaftsgemeinschaft das nemliche gelten. Das theilbare Activvermögen der gesetzlichen Gütergemeinschaft wird nun aus denjenigen Vermögenstheilen gebildet, welche nach dem Gesetz oder nach dem Willen der Ehegatten dazu gehören, nach Abzug jedoch der Schulden, weil es ohne diese Voraussetzung kein theilbares Vermögen gibt. Dabei wäre es aber unrichtig zwischen der verschiedenen Natur der Schulden zu unterscheiden und nur die einen (die liegenschaftlichen) abzuziehen, die andern (die fahrenden) aber nicht. Für eine solche Unterscheidung ist weder im Gesetz noch im Ehevertrag eine Grundlage zu finden, dieselbe würde vielmehr im Widerspruch stehen mit der Bestimmung des Art. 1409 des C. c., welche zwar nicht von der hier vorliegenden Art der Errungenschaftsgemeinschaft handelt, demungeachtet aber der Vorschrift des Art. 1528 gemäß Anwendung darauf findet.

Wenn auch die vollkommene Gleichheit der Ehegatten hinsichtlich der Uebernahme der Ehelasten und hinsichtlich der Theilnahme an dem Gewinn ihres gemeinschaftlichen Erwerbs auf der Billigkeit und Gerechtigkeit beruht, so darf man doch nicht vergessen, daß es bei Eingehung der Ehe Sache der Ehegatten ist, diese Gleichheit anzunehmen und bestehen zu lassen oder dieselbe durch entgegenstehende Vertragsbestimmungen auszuschlagen.

Im vorliegenden Fall ist aber das letztere ausdrücklich geschehen.

Der übereinstimmende Wille beider Ehegatten war, daß alles fahrende Activvermögen dem Ehemann gehören und daß es sogar von ihm abhängen solle, die bedungene Errungenschaftsgemeinschaft erfolglos (sterile) zu machen. Damit sollte aber offenbar dem Mann ein Vortheil eingeräumt werden, und dieser Vortheil würde wieder aufgehoben werden, wenn man von der vorhin angeführten Unterscheidung ausginge. Ebensowenig zulässig erscheint es aber, die während der Ehe gemachten Schulden theilweise aus dem Gemeinschafts- und theilweise aus dem Fahrnißvermögen zu bezahlen, weil für diesen scheinbar auf der Billigkeit beruhenden Vergleich keine Grundlage im Gesetzbuch zu finden ist. Allerdings steht es nach den hier angenommenen Grundsätzen in der Macht des Mannes die Errungenschaftsgemeinschaft zu Grunde zu richten, allein eben so gewiß erscheint derselbe berechtigt, zu verhindern, daß kein wahrer Werth in diese Gemeinschaft falle (indem er nemlich die Kaufschillinge für erworbene Liegenschaften nicht bezahlte); und wenn auch die Kapitalien, mit welchen die Liegenschaften (theilweise) bezahlt wurden, der Gewinn des gemeinschaftlichen Erwerbs waren, so gehörte das Eigenthum an diesen Kapitalien doch darum nicht weniger ausschließlich dem Manne.

2) Nach dem Ehevertrag hatte Bimard auch ein Fahrnißvermögen im angenommenen Werth von 25,000 Fr. in die Ehe gebracht. Die Erben desselben verlangten dieses Einbringen zurück, die Wittwe Bimard widersetzte sich aber der Zurücknahme, weil das gedachte Einbringen ihres Mannes zur Zahlung einer in seiner Verlassenschaft noch vorhandenen, eigenen Liegenschaft desselben verwendet worden sei und somit den Erben schon durch die Frei-

heit jener Liegenschaft von einer gleich großen Schuld zu gut komme.

Allein auf diese Streitfrage wurde zum Vortheil der Vimard'schen Erben entschieden.

Gründe. Nach Art. 1437 des C. c. hat ein Ehegatte für Summen, welche zur Zahlung eigener Schulden desselben verwendet worden sind, nur dann Vergütung zu leisten, wenn dieselbe dem gemeinschaftlichen Vermögen entnommen worden sind, was offenbar nicht der Fall gewesen ist.

Um der Anwendung dieses unbestreitbaren Grundsatzes auszuweichen, behauptet nun die Wittwe Vimard, daß es sich nicht um eine Wiederanlage (remploi) und nicht um eine Vergütung, sondern um einen Abzug an dem rücknehmenden Einbringen des Mannes handle. Allein ein solcher Abzug wäre in seinem Resultat nur eine Entschädigung oder Vergütung zum Vortheil der Errungenschaftsgemeinschaft, weil in Folge desselben der Mann um so viel weniger aus dieser Gemeinschaft erhalten würde. — Vergebens wird auch eingewendet, daß Vimard die Mittel zur Bezahlung seiner erwähnten eigenen Liegenschaft aus seinem eigenen (eingebrachten) Fahrnißvermögen genommen habe. Denn dieser Behauptung fehlt es am thatsächlichen Beweis; vielmehr ist nachgewiesen, daß seit einer Reihe von Jahren nach dem Ankauf jener Liegenschaft alles Fahrnißvermögen des Vimard ohne Unterschied des Ursprungs sich vermischt in der Hand desselben befunden, und daß die Summe zur Zahlung des Kaufschillings aus diesem Gesammtfahrnißvermögen genommen worden ist. Hieraus folgt aber, daß Vimard nicht über einen zur Gemeinschaft gehörenden Gegenstand, nicht über eine Sache in der Art verfügt hat, daß die Verfügung eine Vergütung oder einen Abzug zur Folge haben könnte, sondern daß er nur sein ausschließliches Eigenthum verwendet hat. (Urtheil des Appellhofs von Rouen vom 22. Juli 1850. Sirey 1851. S. 386.)

3) In einem anderen, ganz gleichen Fall wurde noch besonders hervorgehoben, daß dem Ehemann durch die Eingehung der Ehe nach Dotalrecht, welche als Regel festzuhalten, eine so große Gewalt über alles Vermögen, welches nicht zur Ehesteuer gehöre, eingeräumt worden sei. (Urtheil des Appellhofs von Rouen vom 15. März 1851. Sirey 1851. II. S. 398. Vergl. über die verschiedenen Ansichten hinsichtlich der Hauptfrage Sirey 1850. II. S. 193 und ff. Troplong contrat de mariage tom. III. No. 1905 und ff.

84) Art. 322. 329. 330. 335. und 341. des C. c.

Der Akt über die Geburt eines unehelichen Kindes, welches die Mutter desselben angibt, beweist Dritten gegenüber die mütterliche Kindschaft, wenn das Geständniß der Mutter und ein damit übereinstimmender Besitz auf Seiten des Kindes hinzukommt. In diesem Fall kann der Mutter die Erbschaft des natürlichen Kindes nicht bestritten werden.

In einem Akt des betreffenden bürgerlichen Standesbeamten vom 15. Juni 1830 war die Geburt eines Kindes constatirt, welches den Namen Eugenie Vicat erhalten hatte; in dem nemlichen Akt war Marie Vicat jedoch ohne ihre Mitwirkung als die Mutter des Kindes angegeben. Marie Vicat hatte aber nicht nur keine Schritte gethan, um der Eugenie Vicat die Kindschaft zu bestreiten, sondern sie hatte die Eugenie gestillt, erzogen, später auf ihre Kosten in einer Anstalt erziehen lassen und bis zum Tode derselben im Jahr 1847 fortwährend und bei jeder Gelegenheit öffentlich als ihre Tochter behandelt. Ebenso hatte Marie Vicat die Eugenie Vicat in ihrer Krankheit gepflegt, die Kosten dieser Krankheit und die Beerdigungskosten getragen, auch in dem Sterbeakt die Eugenie Vicat als ihre Tochter eintragen lassen.

Alle diese Beweise hielten aber den Fiscus nicht ab, der Marie Vicat die Erbschaft ihrer Tochter streitig zu machen.

In erster Instanz wurde zu Gunsten der Marie Vicat erkannt, wogegen der Fiscus appellirte.

Rechtfertigung der Appellationsbeschwerden.

Nur hinsichtlich der ehelichen Kindschaft findet das Gesetz in dem Besitz dieses Civilstandes die Ergänzung des Beweises der ehelichen Geburt, und zwar deßhalb weil aus der Ehe, welche zwischen den Eltern bestanden, die allerstärkste Vermuthung zu Gunsten des Kindes folgt und weil diese Vermuthung höher steht als der Anfang eines schriftlichen Beweises. Aus den Vorträgen der Regierungscommissäre (orateurs du Gouvernement) bei Vorlage des Titels „über die Vaterschaft" ergibt sich unzweifelhaft, daß die Vorschriften des zweiten

Kapitels nicht für die natürliche Kindschaft gegeben sind. Der Gesetzgeber hat nicht nur beide Verhältnisse gesondert behandelt, sondern auch nirgends im ganzen Gesetzbuch einen für beide Verhältnisse gemeinsamen Grundsatz aufgestellt. Und wie sehr auch die Nachfrage nach der ehelichen Kindschaft im Interesse der guten Sitten und der Familien durch das Gesetz begünstigt werden muß, ebenso hat das Gesetz der Nachfrage nach der natürlichen Kindschaft beschränkende Grenzen setzen müssen: daher die zahlreichen Unähnlichkeiten in den Bestimmungen der beiden Kapitel 2 und 3 unter dem Titel „von der Vaterschaft und der Kindschaft. Der Staatsgesellschaft selbst muß daran gelegen sein, daß jeder diejenige Stelle der Familie einnehme, welche ihm gebührt; die Nachfrage nach der natürlichen Kindschaft dagegen ist nur im Interesse des Kindes gegeben: wenn daher die Mutter diese Kindschaft für sich in Anspruch nimmt, so kann man gewiß sein, daß dieß aus Geldinteressen geschieht, ein solcher Beweggrund wiegt aber die Gefahren des Scandals nicht auf, welchen derartige Streitigkeiten hervorrufen. Nach dem wahren Geist des Gesetzbuchs und nach den Bestimmungen des Art. 341 und 342 muß angenommen werden, daß dem Kind persönlich und allein das Recht zusteht, seinen Civilstand gerichtlich geltend zu machen und daß dieses jedem Dritten untersagt ist. Vergebens beruft sich Marie Vicat auf die Bestimmungen des Art. 329 und 330, welche sich auf die Erben eines ehelichen Kindes beziehen: diese Artikel beschränken die Ansprüche dieser Erben auf die beiden Fälle, wenn das Kind im Zustand der Minderjährigkeit oder in den fünf ersten Jahren nach erreichter Volljährigkeit gestorben ist. Das nemliche Recht ist durch kein Wort des Gesetzbuchs den Erben eines unehelichen Kindes eingeräumt und wollte man dieselben, obgleich das Gesetz von ihnen schweigt, zur Ausübung desselben Rechtes zulassen, so könnte man ihre Klage nur der gewöhnlichen Verjährung unterwerfen, wonach sie mehr begünstigt erscheinen würden als die Erben ehelicher Kinder, eine Anomalie, der sich die Vernunft und die guten Sitten widersetzen.

Daher wird auch die Frage von allen Schriftstellern mit Ausnahme Demolombe's verneint, womit auch die Entscheidungen der Gerichtshöfe (la jurisprudence) übereinstimmen. (Vergl. Sirey 1823. I. S. 394. 1838. II. S. 457. 1843. I. S. 849. 1844. II. S. 203.) Rechte auf die Verlassenschaft der Eugenie Vicat hätte Marie Vicat nur dadurch erwerben können, daß sie dieselbe, so lange sie lebte, als ihre natürliche Tochter anerkannt hätte: denn in Art. 765 ist nur von Eltern die Rede, welche anerkannt haben, nicht von solchen, welche anerkennen werden, weil das Gesetz eine vollendete That vor dem Tode erfordert. Wollte man einer später erfolgten Anerkennung rechtlichen Werth beilegen, so würde man betrügerische Akte provociren, denn es würde dann nur zu leicht werden, sich auf diesem Wege Rechte auf die Verlassenschaft unehelicher Kinder zu verschaffen. (Sirey 1834. II. S. 184. 1837. II. 369. 1838. II. S. 457.)

Der Appellhof von Grenoble bestätigte aber das Urtheil erster Instanz aus folgenden Gründen:

Wenn man auch zugeben muß, daß der Gesetzgeber bei der Bestimmung des Art 322 des C. c. nur die ehelichen Kinder im Auge gehabt hat, so muß man doch zum mindesten auch als allgemeinen Grundsatz anerkennen, daß ein natürliches Kind, welchem gleichfalls der Besitz eines Civilstandes zur Seite steht, der mit seinem Geburts-Act übereinstimmt, eben so einen Beweis seiner Kindschaft für sich hat, und wenn dieser Beweis auch bestritten werden kann, weil ein uneheliches Kind nicht die nämliche Begünstigung des Gesetzes verdient, wie ein eheliches, so kann dies doch nur auf dem Weg der Verleugnung der Kindschaft und des Civilstandes als Lüge und Betrug geschehen. Durch die Behauptung, sie sei die Mutter der Eugenie Vicat, bestätigt dagegen Marie Vicat den Geburtsact derselben, sie eignet sich denselben zu und genehmigt ihn hinsichtlich ihrer Mutterschaft, wie sie sich denselben angeeignet, denselben bestätigt und genehmigt hat während 17 Jahren, in welchen sie ihr Kind ernährt und erzogen, und gegen dasselbe alle Mutterpflichten erfüllt hat.

Durch alle diese Vorgänge hat die Erklärung vor dem Beamten des bürgerlichen Standes vom 15. Juni 1830 hinsichtlich der Mutterschaft der Marie Vicat die nämliche Kraft erlangt, als wenn sie von einem gehörig bevollmächtigten Gewalthaber der Marie Vicat oder von ihr selbst abgegeben wäre, und es existirt daher eine Anerkennung und ein Beweis der natürlichen Kindschaft der Eugenie Vicat, welche ihrem Ableben vorangegangen, und welche die nämliche gesetzliche Wirksamkeit für sich hat, wie die durch den Art. 334 des C. c. vorgeschriebene Anerkennung oder der nach Art. 341 des C. c. geführte Beweis der natürlichen Kindschaft. Wäre diese Anerkennung und dieser Beweis auch noch angreifbar kraft der Bestimmung des Art. 339 des C. c., sei

es von Seite der Mutter, sei es von Seite des Kindes oder seitens jedes dritten Betheiligten, so kann man doch nicht gegen die Mutter, welche zu jeder Zeit ihre Mutterschaft zugestanden hat, durch Berufen auf die Art. 334 und 341, und auf die Nothwendigkeit des Anfangs eines schriftlichen Beweises einen solchen Angriff machen, besonders wenn dieselbe, wie hier, viel bessere Beweise für sich hat. Diese Bestimmungen, welche im Interesse derjenigen Frauenspersonen gegeben sind, welche ihre Mutterschaft ableugnen, können nicht gegen diejenige gekehrt und gebraucht werden, deren Zugeständniß der Mutterschaft weder der Arglist, noch des Betrugs beschuldigt werden kann, die ihrem Kinde einen vollständigen Beweis ihrer Mutterschaft in seinem Geburtsact und in dem von ihr zugestandenen Besitz seines Civilstandes geliefert, die endlich von dem Kind selbst immer als seine Mutter angesehen und behandelt worden, und der nach Erfüllung aller Mutterpflichten dafür die Vortheile gebühren, welche ihr aus diesem Grunde der Gesetzgeber hat zuwenden wollen, ohne diesen Grund im Gesetze selbst ausdrücken zu können. (Urtheil des Appellhofs von Grenoble vom 12. December 1850. Sirey 1851. II. S. 391. Vrgl. jedoch Sirey 1851. I. S. 161 und II. S. 225., Annalen XX. S. 393 und 334.)

85) Art. 48 des C. comm.

Theilnehmer an Verbindungen zu einzelnen Handels-Unternehmungen haften nicht sammtverbindlich für die Verbindlichkeiten, welche einer derselben in seinem Namen allein eingegangen hat, und welchen sie selbst fremd geblieben sind.

Gründe. In Geschäften, an welchen man keinen Theil nimmt und selbst denen fremd bleibt, mit welchen sie gemacht werden, kann man nicht diesen gegenüber Verbindlichkeiten eingehen. Hieraus folgt für die Verbindung zu einzelnen Handelsunternehmungen, daß, wenn ein Dritter nur einen der Theilnehmer gekannt, mit diesem allein Geschäfte abgeschlossen und sich mit der Sicherheit begnügt hat, welche dieser bieten konnte, die andern Theilnehmer nicht angreifen kann, welche ihm weder direkt, noch indirekt verbindlich geworden sind. Anders verhielte es sich, wenn ein Theilhaber an allen Geschäften des andern Theil genommen, Vortheil davon gezogen und zwischen ihm und seinem Theilhaber das geheime Einverständniß bestanden hätte, die Gläubiger zu betrügen. (Urtheil des Appellhofs von Lyon vom 26. Jänner 1849. Sirey 1851. II. S. 399. Vrgl. auch Sirey 1840. I. S. 20. 1848. II. S. 519.)

86) Art. 720 u. ff. des C. c.

Die Vermuthungsgründe, welche die Art. 720 u. ff. des C. c. für das Ueberleben von Personen aufstellen, welche bei einer und derselben Gelegenheit, ohne daß gewiß ist welche zuerst, gestorben, sind nur auf die Fälle, in welchen es sich um die Intestaterbfolge handelt, und nicht auch dann anwendbar, wenn ein Ehegatte dem andern eine Schenkung unter der Bedingung gemacht hat, daß dieser ihn überleben würde, mag solche Schenkung eine gegenseitige oder eine einseitige gewesen sein; weßhalb die Erben des beschenkten Ehegatten den Beweis, daß dieser den Schenkenden überlebt habe, nach den gewöhnlichen gesetzlichen Regeln zu führen haben.

Diese Fragen wurden von dem Civiltribunal der Seine in Paris aus folgenden Gründen im entgegengesetzten Sinne entschieden:

Viele Vorschriften, welche das bürgerliche Gesetzbuch für die Intestaterbfolge gegeben hat, sind theils nach dem ausdrücklichen Ausspruch des Gesetzes, theils nach den Entscheidungen der Gerichtshöfe auch auf die testamentarische Erbfolge anwendbar. In Folge dieses anerkannten Grundsatzes und wegen der Gleichheit des Grundes müssen die Vermuthungsgründe der Art. 720 u. ff. des C. c. auch da zur Anwendung kommen, wo das Vorabsterben einer Person festzustellen ist, von welchem die Wirksamkeit einer Verfügung auf den Todesfall abhängt. Hiergegen wird vergebens eingewendet, daß derjenige, welcher jenes Vorabsterben zu seinem Vortheil behauptet, diese Thatsache zu beweisen habe. Denn diese unbedingte Auffassung des Hauptgrundsatzes über die Beweislast würde dahin führen, das Unmögliche zu verlangen, und gerade zur Vermeidung einer solchen Zumuthung sind die Bestimmungen der Art. 720 u. ff. gegeben. Diese Bestimmungen sind auch nicht auf die dort erwähnten Fälle allein, mit Ausschluß aller anderen beschränkt, vielmehr sind dieselben nur enuntiativ zu verstehen und auf alle Fälle anwendbar, in welchen der Tod mehrere Personen bei einer und derselben Gelegenheit und das Bedürfniß vorliegt, das Ueberleben des Einen oder des Andern Mangels thatsächlicher Beweise, nach gesetzlichen Regeln zu bestimmen.

Auf ergriffene Berufung hat aber der Appellhof von

Paris das Urtheil des Civiltribunals der Seine abgeändert:

Die Art. 720. 721 und 722 des C. c. stellen nur für die Fälle Regeln auf, in welchen Personen, von denen wechselsweise die Eine zur Verlassenschaft des Andern nach der Intestaterbfolge berufen, bei einer und derselben Gelegenheit gestorben sind. Gesetzliche Vermuthungen dürfen aber an sich nicht auf weitere Fälle ausgedehnt werden, als für welche sie gegeben sind; und hier um so weniger, als unter gewissen Voraussetzungen allerdings das Bedürfniß vorliegen mag, Vermuthungsgründe für das Ueberleben von Personen aufzustellen, um den gesetzlichen Erben zu bezeichnen, dieses Bedürfniß aber nicht besteht, wo eine Schenkung oder ein Testament vorliegt, indem in solchen Fällen der kraft Gesetzes in Besitz und Gewähr der Verlassenschaft tretende Erbe seines Rechtes nur durch Beweise, welche nach gemeinem Recht zulässig sind, beraubt werden kann. Ueberdies trifft auch das weitere Erforderniß der Gegenseitigkeit der Erbfolge nicht ein, da nur die Schenkung des einen Ehegatten zu Gunsten des andern besteht, indem der andere Ehegatte seine Schenkung widerrufen hat u. s. w. (Urtheil des Appellhofs von Paris vom 30. Nov. 1850. Sirey 1851. II. S. 404. Vrgl. Sirey 1849. II. S. 625; Chabot des successions sur l'art. 720. No 7; Merlin Répert. vo. Mort chap 1. §. 2 l'art 2. 6; Marcadé sur l'art. 720. No. 6; Favard Répert. vo. success. sect. 1. §. 1. No. 6; und für die entgegengesetzte Meinung: Toullier tom. 4. No. 4; Malpel des success. No. 16; Duranton tom. 6. No. 45; Vazeille sur l'art. 722. No. 6.)

87) Art. 1079. 1304. 1077 des C. c.

Die zehnjährige Frist des Art. 1304 des C. c. läuft bei Theilungen der Eltern und Ahnen unter ihren Nachkommen nicht vom Tag der Theilung, sondern vom Todestag des Erblassers.

So lange die Eltern oder Ahnen leben, steht ihnen unbedingt die freie Verfügungsgewalt über ihr Vermögen zu; sie können dasselbe für sich behalten oder einem oder dem andern ihrer Kinder oder allen gesondert oder zusammen, nach gleichen oder ungleichen Theilen, schenken. Diese unbeschränkte Verfügungsgewalt, welche hinsichtlich aller Arten von Schenkungen nicht bestritten werden kann, verliert diesen ihren Charakter dadurch nicht, daß Schenkungen in Gestalt einer Theilung von Eltern oder Ahnen erscheinen, da auch diese Art von Schenkungen nur den Willen des Schenkgebers zum Grunde hat. So lange aber den Kindern und Nachkommen kein Recht auf die Verlassenschaft ihrer Eltern und Ahnen zusteht, können sie auch in Beziehung auf das Vermögen derselben nicht verletzt werden.

Mit Unrecht wendet man ein, daß durch diese Grundsätze die Unwiderruflichkeit der Theilungen von Eltern und Ahnen verkannt und dabei die Pflicht zur Einwerfung des durch dieselben erhaltenen Vermögens unterstellt werde, welche gesetzlich nicht bestehe. Denn, obgleich die Schenknehmer, unter welchen eine Theilung von Eltern oder Ahnen stattgefunden hat, das unwiderrufliche Eigenthum der ihnen zugetheilten Vermögensstücke erworben haben und nicht verbunden sind, dieselben einzuwerfen; so beruht dieß doch nicht auf einer Besonderheit der Theilungen von Eltern oder Ahnen, vielmehr finden die nemlichen Grundsätze auf alle Arten von Schenkungen Anwendung; dagegen ist auch bei jenen wie bei allen Schenkungen die Untersuchung zulässig, in wiefern durch dieselben gewisse Rechte verletzt worden sind, eine Untersuchung, die mit der Einwerfungspflicht nichts gemein hat. Eben so unbegründet ist die aus der Bestimmung des Art. 1077 abgeleitete Einwendung Denn aus dieser Bestimmung folgt nicht, daß bei der Untersuchung, ob Rechte von Erben verletzt wurden, das bereits vertheilte Vermögen nicht in Berechnung komme, vielmehr enthält der Art. 1077 hinsichtlich des nicht vertheilten Vermögens nur die Wiederholung der Verfügung des Art. 887 des C. c.

Wollte man die gestellte Frage im entgegengesetzten Sinne entscheiden, so müßte man von der Behauptung ausgehen, daß eine Theilung von Eltern oder Ahnen unter ihren Kindern oder Nachkommen als eine besondere Art der Verfügung über das Vermögen zu betrachten, welche einer besondern Gesetzgebung unterworfen, und mit Schenkungen unter Lebenden oder durch Testamente, sowie mit Erbschaften nichts gemein habe, oder man müßte annehmen, daß dadurch eine besondere Art von Erbrechten gebildet würde, welche schon bei Lebzeiten des Erblassers eröffnet und für welche ganz besonders von dem gewöhnlichen Erbrecht unabhängige Verfügungen hinsichtlich des Pflichttheils und drgl. bestünden. Allein sowohl die Berathungen über das Capitel „von Theilungen der Eltern und Ahnen unter ihren Nachkommen" wie die Bestimmungen dieses Capitels selbst beweisen, daß, einige

Besonderheiten für diese Theilungen nicht gerechnet, die ganze Materie dem gemeinen Recht angehört, nach welchem offenbar zweierlei Arten von Erbrechten, von Pflichttheilen und drgl. nicht bestehen und nicht bestehen können. Aus allem diesem folgt aber, daß die Frist des Art. 1304 bei Theilungen der Eltern und Ahnen unter ihren Nachkommen erst vom Todestag des Erblassers an zu laufen beginnt. (Urtheil des Appellhofs von Orleans vom 17. Januar 1851. Sirey 1851. II. S. 426. Vrgl. Sirey 1850. II. S. 305 und 308; Marcadé in der Rev. crit. de jurispr. tom I. p. 280; Annalen XX. S. 45, Rechtsfall No. 69.)

88) Art. 1214 und 2037 des C. c.

Der Sammtschuldner wird nicht, wie der Bürge von seiner Verbindlichkeit dadurch allein frei, daß ihm der Gläubiger unmöglich gemacht hat, in seine Rechte, Pfänder und Vorzüge einzutreten, vielmehr muß die Bestimmung des Art. 2037 auf das Rechtsverhältniß der Bürgen beschränkt werden.

Die Bestimmung des Art. 2037 des C. c. betrifft nur die Bürgschaft und könnte nur dann auf das Rechtsverhältniß von Sammtschuldnern bezogen werden, wenn dasselbe durch irgend eine Verfügung des Gesetzes der Bürgschaft ganz allgemein und unbedingt gleichgestellt wäre.

Eine solche Gleichstellung hat jedoch nur im Art. 1216, und auch hier nur theilweise und relativ stattgefunden, und darf daher nicht auf die Beziehungen zwischen Sammtschuldnern und Gläubigern derselben ausgedehnt werden, vielmehr werden die Rechtsfolgen der Sammtverbindlichkeit durch den Art. 1216 gar nicht berührt.

Ueberdieß ist die Bestimmung des Art. 1214 lediglich zum Vortheil des Sammtschuldners gegeben, welcher Zahlung geleistet hat und dessen Recht nicht darunter leiden kann, wenn der Gläubiger gegen einen seiner Sammtschuldner auf Unterpfandsrechte oder dergl. verzichtet. (Urtheil des Appellhofs von Paris vom 8. März 1851. Sirey 1851. II. S. 427. Vrgl. auch Sirey 1846. II. S. 371. 1847. II. S. 602. Gilbert ad art. 2037. No. 4. ff.

II.

Wenn in dem Lehenvertrage bestimmt ist, daß der Lehenträger die Zahlung aller Steuern vom Gute zu übernehmen habe, so kann der Lehenherr überhaupt und insbesondere wegen des Bezugs eines Canons nicht zur Versteuerung des Lehenguts ins Mitleid gezogen werden, und deßhalb die von ihm entrichtete Canon- oder Gefällsteuer vom Lehenträger rückersetzt verlangen. L.R.S. 577 a.I. 608. 609. 1831 b.e.

Annalen XX. S. 175.

Nach obiger Ansicht wurde vom Hofgericht des Seekreises und hiemit übereinstimmend vom großh. Oberhofgericht in Sachen der Spitalstiftung Constanz gegen Magdalena Mögging erkannt. Die hofgerichtlichen Entscheidungsgründe enthalten nur eine Wiederholung der in Annalen a. a. O. mitgetheilten Ausführung. In den oberhofgerichtlichen Motiven ist gesagt:

Die Verbindlichkeit der Beklagten zum Ersatze der Steuern, welche der Erblehenherr von dem Canon entrichtet hat, beruht nicht allein, wie die hofgerichtlichen Entscheidungsgründe ausführen, auf dem Gesetze (L.R.S. 577 a.I. 608. 609. 1831 b.e.), sondern auch auf dem Vertrage vom 24. Nov. 1837, indem nach §. 2 desselben die Belehnte alle auf dem Gute ruhende, oder noch darauf kommende ordentliche oder außerordentliche Lasten nach Maßgabe der bestehenden Gesetzgebung ꝛc., ohne Abzug am Lehencanon zu tragen hat; — denn daraus geht unzweideutig hervor, daß der Erblehenherr den Canon ungeschmälert beziehen soll.

Vergebens bestritt die Beklagte, daß dasjenige, was der Lehensmann dem Lehenherrn als Entschädigung für die Benützung des Lehenguts geben muß, zum reinen Ertrag ja überhaupt zum Ertrag des Lehenhofs zu rechnen sei, nachdem die Verordnung vom 14. April 1810 (Reg.-Bl. No. XVIII. S. 119) den Canon ausdrücklich für einen Theil des reinen Ertrags erklärt hat. Auch mag daraus, daß der Erblehnherr seit der Belehnung an die Beklagte die Steuer von dem Canon ohne irgend einen Ersatzanspruch zu machen, entrichtet hat, keineswegs gefolgert werden, daß es nicht in der Absicht der Lehensherrschaft gelegen sei, der Lehensträgerin auch die Entrichtung der Canonsteuer aufzuerlegen, weil gerade dadurch, daß der Erblehnherr die Steuer vom Canon bezahlte und bezahlen mußte, der Rückgriff auf die Beklagte bedingt, dieser aber bis jetzt noch nicht verjährt ist. Zudem kann hier von einer außerhalb der Vertragsurkunde erhobenen Absicht nach L.R.S. 1156 a. um so weniger die Rede sein, als der schon erwähnte §. 2 die Verbindlichkeit der Beklagten zur Zahlung der Canonsteuer klar ausdrückt und somit eine Auslegungsbedürftigkeit in dieser Hinsicht nicht vorliegt. Hgr.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXI. No. 42. Mannheim, 14. October 1854.

I.

Drei Cassationsrecurse

aus der dritten Quartalsitzung des Jahres 1854.

Erster Fall.

Von dem falschen Zeugnisse in Strafsachen.

1) **Zum Thatbestand dieses Verbrechens gehört mehr nicht als eine eidlich bestärkte falsche Aussage.**

2) **Der §. 487 des St.G.B. hat nur die objective Bedeutung der Aussage, nicht aber den Erfolg derselben oder den Zweck des Thäters im Auge.**

3) **Die Unterscheidung des §. 487 dient lediglich zur Bemessung der Strafe, welche nicht durch die Voraussetzung bedingt ist, daß bereits irgend eine bestimmte Person in Untersuchung genommen sei.**

Am Abende des 17. April l. J. machte der Schuhmachergeselle Franz Michael Müller von Götzingen dem Gendarmen und Stationscommandanten Jöst zu Rosenberg die mündliche Anzeige, daß er kurz vorher in dem Walde zwischen Oberwittstadt und Rosenberg von vier ihm unbekannten Männern, die er genau beschrieb, angefallen und seiner in 1 fl. 24 kr. bestandenen Baarschaft beraubt worden sei.

In Folge der eingelaufenen Meldung lud das großh. Bezirkamt Adelsheim den Fr. M. Müller auf den 25. April vor und vernahm ihn „unter Eidesvorbehalt" über seine Anzeige. Hier erzählte nun Müller die Einzelheiten des Vorfalls umständlich, beschrieb das Aussehen der 4 Räuber mit großer Genauigkeit und bemerkte dabei, daß er dieselben, wenn sie ihm unter das Gesicht kämen, wieder erkennen würde.

Am Schlusse des Verhörs erklärte sich Müller bereit, seine Angaben zu beschwören.

Ein Mann, der sich Heinrich Renninger nannte und von Schluchtern zu sein angab, war damals in Adelsheim verhaftet. Der Untersuchungsrichter muthmaßte, daß dieser Mann vielleicht einer der Räuber gewesen sein könne und stellte ihn dem Müller vor, welcher aber erklärte, daß der angebliche Renninger keiner der Räuber sei.

Die zur Habhaftwerdung der Thäter von dem Amte getroffenen Fahndungsmaßregeln hatten keinen Erfolg.

Am 1. Mai leistete Müller, nachdem er zuvor von seinem Pfarramte über die Wichtigkeit und Heiligkeit des Eides und von dem Untersuchungsrichter ebenfalls über die Heiligkeit und Bedeutung des Eides, sowie über die strafrechtlichen Folgen des Meineides belehrt worden war, vor dem hierzu requirirten Bezirksamte Buchen in der gesetzlichen Weise den Zeugeneid und erklärte sofort auf Vorlesen des Protocolls vom 25. April, daß er die hierin gemachten Angaben vollkommen bestätigen müsse und denselben nichts beizufügen wisse.

Das hierüber aufgenommene Protokoll wurde von ihm ebenfalls genehmigt und mit Unterschrift versehen.

Durch die Einvernahme mehrerer Personen ergaben sich jedoch alsbald Anzeigen, welche die Angaben des Müller in ein zweifelhaftes Licht stellten.

Auf deßfallsigen Vorhalt bekannte er auch, daß alles, was er über jenen Raub angegeben, unwahr und von ihm zu dem Zwecke ersonnen und vorgebracht worden sei, um dadurch Mitleid zu erregen und so Unterstützung oder gar Mittel zur Auswanderung nach Amerika zu erhalten.

In der hierauf wegen falschen Zeugnisses gegen ihn

eingeleiteten Untersuchung wiederholte Müller sein Bekenntniß und erklärte ausdrücklich, daß er seine falschen Aussagen mit dem vollen Bewußtsein der Unwahrheit derselben eidlich bestätigt habe.

Durch Erkenntniß der großh. Anklagekammer des Unterrheinkreises vom 20. Juli l. J. wurde Müller unter der Anschuldigung:

> daß er in dem wegen eines angeblich am 17. April l. J. an ihm verübten Raubes eingeleiteten Strafverfahren ein am 25. April d. J. vor dem großh. Bezirksamte Adelsheim wissentlich falsch abgelegtes Zeugniß zum Nachtheile Angeschuldigter, am 1. Mai d. J. vor dem großh. Bezirksamte Buchen durch seinen Eid bestätigt und damit das nach §. 486. 487 zu bestrafende Verbrechen des falschen Zeugnisses verübt habe,

zur Aburtheilung vor das Schwurgericht verwiesen.

Der in der Anklage des großh. Staatsanwalts gestellte Antrag geht dahin;

> den Angeklagten des bezeichneten Verbrechens für schuldig zu erklären und zur gesetzlichen Strafe zu verurtheilen.

Bei dem Schwurgerichte kam die Sache am 23. Sept. l. J. zur Verhandlung.

An die Geschworenen wurden folgende Fragen gestellt:

Erste Frage:

Ist der Angeklagte 2c. schuldig, in dem, wegen eines angeblich am 17. April l. J. an ihm verübten Raubes eingeleiteten Strafverfahren ein am 25. April d. J. vor dem großh. Bezirksamt Adelsheim wissentlich falsch abgelegtes Zeugniß zum Nachtheile Angeschuldigter oder solcher Personen, die wegen jenes angeblichen Raubes noch als Angeschuldigte vor Gericht gezogen werden konnten, am 1. Mai d. J. vor dem großh. Bezirksamte Buchen mit dem Bewußtsein von der Falschheit des Zeugnisses durch einen Eid bestätigt zu haben?

Zweite Frage:

(Nur für den Fall der Bejahung der ersten Frage zu beantworten.)

Hat der Angeklagte 2c. das in der ersten Frage bezeichnete falsche Zeugniß, nachdem zwar das Protocoll über die mit Verletzung der Eidespflicht erklärte Bestätigung jenes Zeugnisses schon von ihm unterschrieben, jedoch irgend ein Nachtheil für einen Andern noch nicht daraus entstanden war, aus freiem Antriebe widerrufen?

Der Wahrspruch der Geschworenen lautet: Auf die erste Frage: „Ja, aber nicht zum Nachtheil Anderer.“

Auf die zweite Frage: „Ja.“

Da aber der Gerichtshof die Beantwortung der ersten Frage unvollständig und dunkel fand, so veranlaßte derselbe die Geschworenen sich in ihr Berathungszimmer zurückzuziehen, und eine verbesserte Antwort auf die erste Frage durch Beifügung einer Erläuterung zur Antwort zu geben; worauf die Geschworenen als Erläuterung beifügten:

> „Ja, aber nicht zum Nachtheil Angeschuldigter, wohl aber der Möglichkeit zum Nachtheil Anzuschuldigender.“

Hierauf fällte der Schwurgerichtshof das

Urtheil.

> Der Angeklagte 2c. sei des falschen Zeugnisses im Strafverfahren unter dem Milderungsgrunde des §. 496 des St G B. für schuldig zu erklären und deßhalb zu Zuchthausstrafe von neun Monaten, in Einzelhaft von sechs Monaten, zur Unfähigkeit zum Eide und zum gerichtlichen Zeugnisse 2c. zu verurtheilen.

Gegen dieses Urtheil ergriff der Angeklagte auf den Grund des §. 115. I. 3 des Einf.Ges. vom 5. Febr. 1851 die Nichtigkeitsbeschwerde, da der erkennende Richter eines Theils das Gesetz unrichtig ausgelegt, andern Theils auf die durch den Ausspruch der Geschworenen festgestellten Thatsachen unrichtig angewendet habe, indem die Verurtheilung und Bestrafung des Angeklagten wegen falschen Zeugnisses zum Nachtheile erst noch anzuschuldigender Personen ausgesprochen worden, ein solches Verbrechen aber im Strafgesetze nicht enthalten und von den Geschworenen nur die Möglichkeit eines etwa noch erfolgenden Nachtheils Anzuschuldigender bejaht sei.

Hierüber wurde am 14. Oktober l. J. bei großh. Oberhofgerichte mündlich verhandelt und sodann die eingeführte Nichtigkeitsbeschwerde als unbegründet verworfen.

Entscheidungsgründe.

Die gegen das Erkenntniß des Schwurgerichtshofs eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde beruht auf der Behauptung, daß nach §. 487 des St.G.B. zum Thatbestande des Verbrechens eines falschen Zeugnisses das Dasein und die Benachtheiligung oder Begünstigung eines bestimmten Angeschuldigten erforderlich sei, daß aber diese Voraussetzung der Strafbarkeit des falschen Zeugnisses bei der angeschuldigten That nicht vorliege; indem die Geschworenen nur

die **Möglichkeit** eines Nachtheils für noch **Anzuschuldigende** als vorhanden erklärt hätten, weßhalb durch die Verurtheilung des Angeklagten wegen falschen Zeugnisses das Gesetz unrichtig auf die durch den Wahrspruch festgestellten Thatsachen angewendet worden sei.

Diese Beschwerde ist nicht begründet.

Der §. 487 des St.G.B. unterscheidet allerdings, ob das Verbrechen des falschen Zeugnisses in Strafsachen zum Vortheile oder Nachtheile des Angeschuldigten verübt wurde, und macht hievon die Bemessung der Strafe abhängig; allein diese Bestimmung bezieht sich lediglich auf die objektive Bedeutung der Aussage, nicht aber auf den **Erfolg** derselben oder auf den **Zweck** des Thäters; d. h. sie ist nur in dem Sinne aufzufassen, daß zwischen der Aussage einer Anschuldigungsthatsache und der Aussage einer Entschuldigungsthatsache unterschieden werden soll, indem die Aussage einer Anschuldigungsthatsache identisch ist mit einer solchen, die zum Nachtheile des Angeschuldigten verübt wird, es mag nun dieser schon vorhanden oder erst noch aufzusuchen sein — und so umgekehrt bei Entschuldigungsthatsachen.

Die Aussage einer Belastungsthatsache wird strenger bestraft, weil sie gefährlicher ist.

Um das Dasein eines bestimmten Angeschuldigten vorauszusetzen, könnte das Gesetz nur dann einen vernünftigen Grund haben, wenn zum Thatbestande entweder der wirkliche Eintritt eines Vortheils oder Nachtheils oder doch der Zweck des Thäters, einer bestimmten Person zu nützen oder zu schaden, nothwendig wäre, während im entgegengesetzten Falle, wenn nämlich das Gesetz weder das Eine noch das Andere zur Strafbarkeit der That erfordert, diese vielmehr hauptsächlich auf die Verletzung der Heiligkeit des Eides gründet — gar nicht einzusehen ist, warum es zum Wesen des Thatbestandes gehören sollte, daß eine bestimmte Person bereits in den Stand der Anschuldigung versetzt sein müsse.

Daß nun zur Strafbarkeit der That der wirkliche Eintritt eines Nachtheils nicht gehört, ergibt sich sowohl aus dem §. 496 als aus dem §. 490 des St.G.B., indem nach letzterem §. auch **unerhebliche** Aussagen bestraft werden sollen, weil die Heiligkeit des Eides nicht gestattet, ein falsches Zeugniß wegen seiner Unerheblichkeit straflos zu lassen.

Eben sowenig verlangt der §. 478 des St.G.B zum Thatbestand den Zweck des Thäters, dem Angeschuldigten zu nützen oder zu schaden, wenn die angeführten Worte objektiv aufgefaßt werden, indem die Aussage einer Anschuldigungsthatsache stets und abgesehen von dem Zwecke des Thäters zum Nachtheile desjenigen geschieht, gegen den die Untersuchung eingeleitet wird, es mag diese Person bereits bekannt sein oder nicht. Und daß diese Auffassung die allein richtige ist, ergibt sich zunächst aus §. 486 des St G.B.

Es verlangt nämlich dieser §., der vom falschen Zeugniß in bürgerlichen Rechts- und Verwaltungssachen handelt, zum Thatbestande dieses Verbrechens mehr nicht, als eine eidlich bestärkte falsche Aussage, somit **die** Absicht des Thäters, die Unwahrheit auszusagen. Es kommt der Beweggrund des Thäters, einer bestimmten Person zu nützen oder zu schaden, für welchen namentlich in Verwaltungssachen häufig keine Veranlassung vorhanden ist, als Merkmal des Thatbestandes nicht in Betracht und das Gesetzbuch hat sich damit den Grundsätzen des gemeinen Strafrechts (**Feuerbach** § 420) angeschlossen.

Wenn also der folgende §. für das falsche Zeugniß in Strafsachen den Beweggrund des Thäters, einer bestimmten Person — also einem schon vorhandenen Angeschuldigten — zu nützen oder zu schaden, als ein weiteres Erforderniß des Thatbestandes aufstellen würde, so läge hierin eine wesentliche und prinzipielle Verschiedenheit in den Gründen der Strafbarkeit des falschen Zeugnisses überhaupt, und der Gesetzgeber wäre von ganz entgegengesetzten Rücksichten ausgegangen, je nach dem dasselbe in Straf- oder andern Sachen obgelegt wird. Eine sich so direct widersprechende Behandlung des Meineids ist jedoch eben sowenig anzunehmen als die Absicht des Gesetzes, bei der so häufig vorkommenden Zeugeneinvernahme dieser Art den Meineid in Strafsachen und nur in diesen zu privilegiren.

Gegen eine solche Abweichung sprechen aber auch ganz entscheidend die Eingangsworte des §. 487 des St.G.B., welche mit ausdrücklicher Hinweisung auf §. 486 sagen:

„Solches Verbrechen soll rc. bestraft werden. Denn auf diese Weise ist klar zu erkennen gegeben, daß das Verbrechen, wie es in §. 486 bezeichnet ist, auch im Strafverfahren den Thatbestand eines falschen Zeugnisses bilden soll, und daß die weitern Bestimmungen sich nur auf die Bemessung der Strafe beziehen, aber keinen ganz neuen Thatbestand aufstellen wollen.

Eben sowenig unterscheidet der §. 490 des St.G.B., indem er selbst unerhebliche Aussagen bestraft wissen will, ob der Thäter diese Unerheblichkeit eingesehen habe oder

nicht, während doch die Unterstellung des Ersteren nahe liegt und in einem solchen Falle das Motiv, einer bestimmten Person zu nützen oder zu schaden, wegfällt, mithin die That, wenn es dabei auf den Zweck des Thäters ankäme, gar nicht bestraft werden könnte.

Ist aber hiernach weder die wirkliche Benachtheiligung einer bestimmten Person, noch der Zweck des Thäters, einer bestimmten Person zu nützen oder zu schaden, ein Erforderniß des Thatbestandes, so kann der Ausdruck des §. 487 „zum Nachtheil des Angeschuldigten" auch nicht dahin verstanden werden, daß ein bestimmter Angeschuldigter vorhanden sein müsse ꝛc.

Zweiter Fall.

Von dem Morde und von dem Kindsmorde.

1) Wenn der Angeklagte eines geringeren Verbrechens für schuldig erkannt wurde, als jenes ist, worauf das Verweisungserkenntniß und die Anklage gerichtet waren, so kann darin keine Verletzung des §. 246. Abs. 1 der St.P.O. gefunden werden.

2) Auch jene Milderungsgründe und Entschuldigungsbeweise, welche sich erst bei der Schlußverhandlung ergeben haben, sind jedenfalls in die den Geschworenen zu stellenden Fragen aufzunehmen.

3) Der §. 43 des Einf.Ges. vom 5. Febr. 1851 ist nur von solchen Theilnehmern zu verstehen, welche wirklich vor das Schwurgericht verwiesen worden sind.

4) Einem von dem Schwurgerichte verurtheilten Theilnehmer steht keine Beschwerde darüber zu, daß nicht noch andere Personen als Mitschuldige an dieses Gericht verwiesen und von demselben abgeurtheilt wurden.

Jahrbücher, n. F. XIII. 49.
Annalen, XX. 388. XXI. 180.

Am 18. Februar l. J. ist die ledige Lisette Schnepf zu Bruchsal mit einem unehelichen Kinde niedergekommen, welches Michael Fritz alsbald nach der Geburt bei Seite geschafft, getödtet und in die Saalbach geworfen hat, wo es später aufgefunden wurde.

Auf gepflogene Untersuchung erkannte die großh. Anklagekammer des Mittelrheinkreises am 21. Aug. l. J.:

1) es sei gegen L. Schnepf bezüglich der Anschuldigung eines Kindsmords wegen Unzulänglichkeit der Beweise kein Grund zur weitern gerichtlichen Verfolgung vorhanden; *)

2) es sei gegen M. Fritz wegen der Anschuldigung daß er das von seiner Geliebten L. Schnepf am Samstag den 18. Febr. l. J. gegen Abend in ihrem elterlichen Hause außerehelich geborene, reife, lebende und lebensfähige Kind, ein Mädchen, sogleich nach der Geburt, ohne Einverständniß mit der Mutter, heimlich auf die Seite geschafft, dasselbe durch vorsätzlich angewendete heftige Gewalt auf den Kopf getödtet und in die Saalbach geworfen habe,

Grund zur weitern gerichtlichen Verfolgung vorhanden und derselbe wegen des Verbrechens einer vorbedachten absichtlichen Tödtung, beziehungsweise wegen Mordes nach Ansicht des §. 205 des St.G.B. und des §. 41 und 80 des Einf.Ges. vom 5. Febr. 1851 vor das Schwurgericht des Mittelrheinkreises zu verweisen.

Diesem Verweisungserkenntnisse gemäß wurde die Anklage gegen M. Fritz auf Mord gestellt.

Im Laufe der schwurgerichtlichen Verhandlung, welche am 20. und 21. Sept. d. J. statt hatte, stellte der Vertreter der großh. Staatsbehörde unter Hinweisung auf den §. 91 des Ges. vom 5. Febr. 1851, beziehungsweise §. 237 der St.P.O. am ersten Tage den Antrag:

da sich nach den heutigen Erklärungen neue höchst wichtige Umstände sowohl für die Anschuldigung als den Vertheidigungsbeweis ergeben hätten, die Verhandlung der Sache zu vertagen.

Dieser Antrag, welchem sich der Vertheidiger des Angeklagten widersetzte, wurde von dem Schwurgerichtshof verworfen und die Verhandlung fortgesetzt.

---

*) Der Vollständigkeit wegen mag hier angeführt werden, daß gleichzeitig die Aburtheilung der Anschuldigungen, gehend:
a) auf vollendeten Versuch der Kindesabtreibung gegen Lisette Schnepf, Michael Fritz und Johann Bauers Ehefrau und
b) auf vorsätzlich hilflose Geburt gegen L. Schnepf allein,
dem großh. Hofgerichte zugewiesen wurde.

Am zweiten Tage stellte die großh. Staatsbehörde den weitern Antrag:

es möge der Gerichtshof für den Fall, daß die Verhandlungen dem Schwurgericht die Ueberzeugung hervorgerufen haben sollten, daß die Tödtung des Kindes der L. Schnepf mit Einwilligung der Mutter von M. Fritz verübt worden sei, den Geschworenen auch eine hierauf bezügliche Frage vorlegen, indem die großh. Staatsbehörde die Anklage gegen M. Fritz auch nach dieser Seite hin, somit auf eine Theilnahme des M. Fritz am Kindsmorde ausdehne.

Diesem Antrage widersetzte sich jedoch die Vertheidigung, indem sie darzuthun suchte, daß hierdurch ein ganz anderes neues Verbrechen in den Kreis der nur auf den Mord gehenden Anklage gezogen würde, und daß der Angeklagte nur nach einer neu einzuleitenden und hierwegen zu pflegenden Untersuchung, in deren Lauf ihm die Beibringung aller Entlastungsbeweise ermöglicht worden sei *), vor den Schwurgerichtshof zur Aburtheilung wegen Theilnahme am Kindsmorde gestellt werden könnte.

Hierauf gab der Schwurgerichtshof

in Erwägung, daß im Verweisungserkenntnisse sowie in der Anklageschrift die Anschuldigung einer an dem neugebornen Kinde der L. Schnepf absichtlich und in Folge eines vorbedachten Entschlusses verübten Tödtung enthalten ist, welche Thatsachen das Verbrechen des Mordes an dem genannten Kinde begründen und den Ausspruch der auf den Mord gesetzten Strafe (St.G.B. §. 205) in dem Falle rechtfertigen, wo der Angeschuldigte bei Verübung der That nicht die Einwilligung der Mutter eingeholt hätte, in welch letzterem Falle er blos mit der Strafe der Theilnahme am Kindsmord zu belegen wäre, St.G.B. §. 223;

in Erwägung, daß daher die Thatsache der Einwilligung der Mutter als ein mildernder Umstand zur Entlastung des Angeschuldigten erscheint, worauf der Schwurgerichtshof bei der Fragestellung Rücksicht zu nehmen hat, wenn sich derselbe als eine Neuheit in der Verhandlung herausstellt;

in Erwägung, daß der Kindsmord, beziehungsweise die Theilnahme daran, nicht nur ein geringeres Verbrechen ist als der Mord, sondern auch ein gleichartiges Verbrechen und als die weniger strafbare Tödtung eines Menschen, somit als eine geringere Art des Verbrechens der Tödtung (St.G.B. §. 203) in dem größeren enthalten ist;

in Erwägung, daß eine doppelte Verneinung dahin, daß der Angeschuldigte nicht ohne Einwilligung gehandelt habe, so ausgelegt werden muß, daß derselbe mit Einwilligung gehandelt hat, weßhalb eine besondere Verweisung auf das blose Gegentheil eines als Erschwerungsgrund im Verweisungserkenntniß enthaltenen Thatumstandes nicht für nothwendig erachtet wird;

in Erwägung, daß der Angeschuldigte wegen Urheberschaft des an dem Kind verübten Mords vor das diesseitige Gericht verwiesen ist, wodurch eine Verurtheilung wegen bloser Theilnahme keineswegs ausgeschlossen ist, auch wenn dabei ein anderer Theilnehmer zur Zeit straflos ausgeht; *)

in Erwägung, daß dem Angeklagten in Folge des Antrags der Staatsbehörde Gelegenheit gegeben wird, sich auch gegen die Anklage der Theilnahme am Kindsmord besonders zu vertheidigen;

nach Ansicht des §. 91 des Einf.Ges. und des §. 246 der Pr.O.

sofort das Erkenntniß:

Es sei unter Verwerfung der Einsprache des Vertheidigers dem Antrage der großh. Staatsbehörde statt zu geben, und habe sich darnach der Angeklagte auf die Anklage der Theilnahme am Kindsmord vernehmen zu lassen.

Nachdem die weitere Erörterung gepflogen war, wurden an die Geschworenen zwei Fragen gestellt; die erste, ob M. Fritz die Tödtung ohne Einverständniß mit der Mutter, die zweite, ob er diese That im Einverständniß mit der Mutter verübt habe?

Die Geschworenen verneinten die erste Frage und bejahten die zweite.

Auf diese Grundlage hin erkannte der Schwurgerichtshof den M. Fritz der Theilnahme am Kindsmorde für schuldig und verurtheilte ihn zu einer Zuchthausstrafe von 18 Jahren 2c.

*) Wenn sich aus der Verhandlung ergeben hätte, daß der durch M. Fritz verübte Mord im Einverständniß mit der L. Schnepf geschehen ist, so war bereits eine Entlastungsthatsache zu Gunsten des Erstern hergestellt und zugleich die Wiederaufnahme der Untersuchung nach §. 118 des Einf.Ges. gegen Letztere angebahnt.

*) Die Aburtheilung der L. Schnepf kann natürlich erst in einer spätern Schwurgerichtssitzung erfolgen, weil vor allem die Untersuchung gegen sie wieder aufgenommen, das Verweisungserkenntniß gegeben und die Anklage erhoben sein muß.

Dagegen ergriff der Angeklagte die Cassation und beschwerte sich, daß er

1) nach verneinter Frage wegen des die Anklage bildenden Mords nicht von der Anklage freigesprochen*), sondern
2) wegen eines Verbrechens verurtheilt wurde, auf das weder das Verweisungserkenntniß noch die Anklage und ihre Begründung ging; und daß
3) dadurch der §. 246 Abs. 1 des St.G.B. in den Worten „keine andere Thatsachen" verletzt wurde; daß
4) zudem der §. 43 des Einf.Ges. verletzt wurde, weil darnach er allein (ohne die von der großh. Anklagekammer wegen Kindsmords mit Zustimmung der Staatsbehörde freigesprochene außereheliche Mutter) wegen Theilnahme am Kindsmord von diesem Schwurgerichte verurtheilt ward, vor welchem aber die Mutter als einfache Anschuldigungszeugin gegen ihn vernommen worden ist.

Dieser Beschwerde zufolge sollte das schwurgerichtliche Urtheil wegen Verletzung wesentlicher Vorschriften des Verfahrens aufgehoben und der Angeklagte freigesprochen, eventuell die Sache an ein anderes Schwurgericht überwiesen werden.

Nach mündlicher Verhandlung wurde das Cassationsgesuch durch oberhofgerichtliches Erkenntniß vom 18. Oktober l. J. als unbegründet verworfen.

Gründe.

Die erste Beschwerde des Angeklagten ist schon darum nicht begründet, weil ihm durch das schwurgerichtliche Urtheil nur ein geringeres und kein schwereres Verbrechen zugerechnet wurde, als jenes, worauf das Verweisungserkenntniß und die Anklage gerichtet war.

Das Einverständniß der Mutter erscheint nämlich, wie sich aus einer Vergleichung des §. 205 mit dem §. 223 des St G.B. ganz unzweifelhaft ergibt, als eine die Schuld des Angeklagten mildernde Thatsache, auf welche sich, dem §. 96 des Einf.Ges. gemäß, die an die Geschwornen zu stellenden Fragen jedenfalls, mithin selbst ohne vorgängigen Antrag der großh. Staatsbehörde, erstrecken mußten.

Der Schwurgerichtshof hatte daher um so mehr Grund, der von Seiten des Vertheidigers gegen die Stellung einer auf jene Thatsache bezüglichen Frage gemachten Einsprache keine Folge zu geben, als die Geschworenen nach §. 99 Abs. 2 des Einf.Ges. doch befugt gewesen wären, mit der Antwort auf die erste Frage das Einverständniß der Mutter durch einen Beisatz zu bejahen und so den gleichen Erfolg herbei zuführen, welcher durch die unbedingte Verneinung der ersten und die unbedingte Bejahung der zweiten Frage bewirkt worden ist.

Hiernach wurde durch das von dem Schwurgerichtshof eingehaltene Verfahren und erlassene Urtheil der §. 246 Abs. 1 der Pr.O. um so weniger verletzt, als dieses Gesetz überall nicht verbietet, in Berücksichtigung von Entschuldigungsbeweisen, welche sich erst bei der mündlichen Schlußverhandlung ergeben haben, unter den in der Anklage gestellten Antrag herabzugehen.

Die weitere, auf den §. 43 des Einf.Ges. gestützte Beschwerde zerfällt durch die Betrachtung, daß der unterm 21. August l. J. von der großh. Anklagekammer ertheilte Ausspruch: es sei gegen Lisette Schnepf bezüglich der Anschuldigung eines Kindsmords wegen Unzulänglichkeit der Beweise kein Grund zur weitern gerichtlichen Verfolgung vorhanden — gegen welchen zufolge §. 82 des Einf.Ges. der großh. Staatsbehörde allein die Beschwerdeführung zugestanden hätte, mit dem Ablauf der hiezu bestimmten Frist in Rechtskraft erwachsen, daß demnach die L. Schnepf nicht der Theilnahme an dem Kindsmord angeschuldigt und folglich der §. 43 des Einf.Ges. auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar ist.

Es könnte vielmehr nur dann, wenn die L. Schnepf wegen Betheiligung bei dem in Frage stehenden Verbrechen ebenfalls vor das Schwurgericht verwiesen und gleichwohl von diesem nicht mit M. Fritz abgeurtheilt worden wäre, von einer Verletzung der Vorschriften des Verfahrens, wie solche nach §. 115. l. 2 des Einf.Ges. zur Begründung der Richtigkeitsbeschwerde erfordert wird, die Rede sein.

A. d. Gr. 2c.

Dritter Fall.

Von der fahrlässigen durch vorsätzliche Mißhandlung verursachten Tödtung.

1) **Eine Anzeige oder Anklage auf Bestrafung einer Mißhandlung wird nicht erfordert, wenn diese in einem größeren Verbrechen enthalten ist, welches von Amtswegen untersucht werden muß.**

*) Die Freisprechung von der Anklage des Mords liegt schon in der Verurtheilung wegen bloser Theilnahme an dem Kindsmorde.

2) Der Angeklagte, welcher durch den Wahrspruch der Geschworenen einer blosen Mißhandlung schuldig erklärt ist, darf nicht wegen Körperverletzung bestraft werden.
3) Im Falle unrichtiger Anwendung des Gesetzes auf die durch den Wahrspruch der Geschworenen festgestellten Thatsachen gibt der Cassationshof selbst das Erkenntniß.

In der Nacht vom 30. April d. J., nach 10 Uhr, wurde der Maurermeister Joseph Hölderle von Ebersweier, als er sich von dem benachbarten Orte Ramersweier nach Haus begeben wollte, durch einen Prügelschlag auf den Kopf dergestalt verletzt, daß er in Folge davon am 7. Mai l. J. verstarb.

Wegen dieser That sind 5 ledige Pursche in Untersuchung gezogen und am 28. Juni d. J. von der großh. Anklagekammer des Mittelrheinkreises

> Gustav Ketterer wegen fahrläßiger — durch vorsätzliche, in Folge eingegangener Verbindung und geschehener Verabredung zugefügte Körperverletzung verursachter Tödtung des Maurermeisters Hölderle von Ebersweier — Felix Ruf und Sylvester Rutschmann wegen Theilnahme an der Verbindung zu dessen Mißhandlung und an deren Ausführung und dadurch auch wegen Theilnahme an der fahrläßigen durch vorsätzliche Mißhandlung verursachten Tödtung — ferner Ambros Wernet und Leopold Spinner der Theilnahme an der Verbindung zur Mißhandlung, ersterer noch insbesodere als Anstifter hiezu und dadurch ebenfalls wegen Theilnahme an der fahrläßigen, durch körperliche Mißhandlung verursachten Tödtung, nach Ansicht der §§. 212. mit 241, 103. 119. 121. 122. 125. 133. 134. des St.G.B. und §. 41[3], §. 43 und 80 des Einf.Ges.

vor das Schwurgericht verwiesen worden.

Das weitere Verfahren kommt nur noch soweit zur Sprache, als es sich auf Ambros Wernet bezieht.

In der Anklage ist der Antrag gestellt:

> Den Wernet und Spinner der Theilnahme an der Verbindung zur Mißhandlung, ersteren noch insbesondere zur Anstiftung dazu und dadurch ebenfalls der Theilnahme an der fahrläßigen durch körperliche Mißhandlung verursachten Tödtung für schuldig zu erklären.

Die Verhandlung vor dem Schwurgericht fand am 19. September d. J. statt.

Von den acht an die Geschworenen gestellten Fragen sind nur die Fragen 1. 2 und 8 hierher bezüglich.

Frage 1.

Sind die Angeklagten Wernet, Ruf, Spinner und Rutschmann schuldig, sich am 30. April d. J. aus dem Grunde, weil die drei ersten im September v. J. durch Zuthun des Maurers J. Hölderle wegen Nachtschwärmerei in Ebersweier je um einen Gulden gestraft worden waren, mit G. Ketterer zur Mißhandlung des J. Hölderle verabredet und dabei bestimmt zu haben, daß er dem J. Hölderle auf dessen Heimweg von Ramersweier nach Ebersweier aufpasse und ihn daselbst durch Schläge mißhandle?

Frage 2.

Ist der Angeklagte Wernet schuldig, die mit Ketterer, Ruf, Rutschmann und Spinner getroffene Verabredung zur Mißhandlung des J. Hölderle aus dem Grunde, weil er nebst Ruf und Spinner im September v. J. durch Zuthun des J. Hölderle in Ebersweier wegen Nachtschwärmerei um einen Gulden gestraft worden war, angestiftet zu haben?

Frage 8.

Konnten die Angeklagten Wernet, Spinner, Ruf und Rutschmann nach allgemeiner Erfahrung und ihrer besonderen Kenntniß bei Anwendung gewöhnlicher Aufmerksamkeit oder Beflissenheit vorhersehen, daß die mit G. Ketterer getroffene Verabredung zur Mißhandlung des J. Hölderle und der demselben deßfalls gegebene Auftrag den gewaltsamen Tod des J. Hölderle zur Folge haben könne?

Die Geschworenen haben die Fragen 1 und 2 bejaht, die Frage 8 hingegen verneint.

Darnach ist also Wernet der Verabredung zur Mißhandlung des J. Hölderle und der Anstiftung dieser Verabredung schuldig.

Der Schwurgerichtshof erkannte aber:

> daß Wernet der Theilnahme an der dem J. Hölderle zugefügten Körperverletzung für schuldig zu erklären und dafür zu einer Kreisgefängnisstrafe von einem Jahre, geschärft durch 14 Tage Dunkelarrest und 28 Tage Hungerkost, zu verurtheilen sei.

Wernet ergriff hiergegen die Nichtigkeitsbeschwerde und führte zu deren Begründung aus: daß nach dem Wahrspruch der Geschworenen von der Anklage nichts übrig geblieben sei, als die Anstiftung und Theilnahme an einer Verabredung zur Mißhandlung. Das Gesetz unterscheide ausdrücklich zwischen der einfachen Mißhandlung, welche nach §. 301 des St.G.B. nicht von Amtswegen bestraft werde. und der Körperverletzung.

Der Schwurgerichtshof sei aber sicherlich nicht befugt gewesen, eine schwerere Gattung von Vergehen zu unterstellen, als die Geschworenen bejaht hätten.

Es liege sonach eine unrichtige Anwendung des Gesetzes auf die durch den Ausspruch der Geschworenen festgesetzten Thatsachen vor, indem Wernet ebensowenig wegen Verabredung zu der Körperverletzung, als zu der Tödtung, sondern nur zu der Mißhandlung, welche nicht gerichtlich strafbar sei, hatte verurtheilt werden können.

Unter Bezug auf §. 115. l. 3 und §. 117. 3 des E.G. wurde daher um Freisprechuug dieses Angeklagten gebeten.

Auf die am 18. Oktober l. J. stattgehabte Schlußverhandlung erkannte der Cassationshof abändernd zu Recht:

> Wernet sei der Anstiftung der Mißhandlung des J. Hölderle von Ebersweier für schuldig zu erklären und deßhalb zu einer durch 8 Tage Dunkelarrest und 14 Tage Hungerkost geschärften Kreisgefängnißstrafe von sechs Monaten ꝛc. zu verurtheilen.

Gründe.

Nach Ansicht des Wahrspruchs der Geschworenen vom 19. v. M., wodurch insbesondere mit Beantwortung der Frage 1. 2 und 8 dem Mitangeklagten Wernet gegenüber bezüglich auf das ihm in der Anklage zur Last gelegte Verbrechen der Theilnahme an der fahrlässigen, durch vorsätzliche Körperletzung verursachten Tödtung des J. Hölderle thatsächlich nur so viel festgestellt worden ist:

> daß sich dieser Angeklagte an der gedachter Tödtung vorangegangenen Verabredung zwischen ihm und den übrigen Angeklagten zum gemeinschaftlichen Zwecke der Mißhandlung des J. Hölderle durch Schläge, so wie an dem sofort dem Angeklagten G. Ketterer ertheilten Auftrag zum Vollzug der beschlossenen Mißhandlung als Anstifter aus Rachsucht betheiligt hat; daß jedoch derselbe hiebei nach allgemeiner Erfahrung und seiner besonderen Kenntniß bei Anwendung gewöhnlicher Aufmerksamkeit oder Beflissenheit keineswegs voraussehen konnte, es werde die getroffene Verabredung und der gegebene Auftrag an Ketterer den gewaltsamen Tod des J. Hölderle möglicherweise zur Folge haben;

in Erwägung, daß darüber, ob die Theilnehmer an der Verabredung und dem gegebenen Auftrage außer der bezweckten Mißhandlung etwa noch einen anderweiten möglichen Erfolg, namentlich den wirklich eingetretenen Erfolg der Tödtung oder auch den einer mehr oder weniger bedeutenden Körperverletzung mit bestimmtem oder unbestimmtem Vorsatz beabsichtigt haben, deßgleichen darüber, ob, wenn auch nicht die wirklich eingetretene Tödtung, doch immerhin eine körperliche Verletzung des Mißhandelten als möglicher Erfolg ihrer Verabredung und des gegebenen Auftrags mit mehr oder weniger großer Wahrscheinlichkeit vorausgesehen werden konnte — eine Frage an die Geschworenen gar nicht gestellt worden ist, die von dem großh. Staatsanwalt erhobene Anklage auch in ersterer Beziehung, was nemlich die verbrecherische Absicht betrifft, die ausdrückliche Bemerkung enthält, es sei die fragliche Verbindung nur zum Zwecke der Mißhandlung des Getödteten geschlossen worden, die Absicht der Theilnehmer also weder auf Tödtung, noch auf Körperverletzung mitgerichtet gewesen.

(Schluß folgt.)

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXI. No. 43. Mannheim, 21. October 1854.

I.

Drei Cassationsrecurse
aus der dritten Quartalsitzung des Jahres 1854.

Dritter Fall.
Von der fahrlässigen durch vorsätzliche Mißhandlung verursachten Tödtung.

(Schluß.)

In Erwägung, daß demnach der Angeklagte Wernet, welcher an der Ausführung der verabredeten Mißhandlung keinerlei Antheil genommen hat, sondern lediglich als Anstifter der Verbindung und des Auftrags hiezu wegen Theilnahme an der daraus hervorgegangenen Tödtung in Anklagestand gesetzt wurde, durch den vorliegenden Wahrspruch der Geschworenen nur der Theilnahme an der körperlichen Mißhandlung des J. Hölderle durch Anstiftung der Verbindung und des Auftrags hiezu an den Thäter für schuldig erkannt wurde, die daraus erfolgte Tödtung aber so wie der minderschwere Erfolg einer Körperverletzung demselben auf den Grund des erwähnten Wahrspruchs ebensowenig zum Vorsatze, als nach Ansicht der §§. 101 u. 241 des St.G.B. beim Mangel der gesetzlichen Voraussetzung, daß der eine oder andere Erfolg als mögliche Folge seines Unternehmens von ihm vorauszusehen gewesen wäre, zur blosen Fahrlässigkeit zugerechnet werden kann;

in Erwägung, daß daher der Schwurgerichtshof des Mittelrheinkreises, wenn derselbe in dem hierauf erlassenen Urtheil den Angeklagten Wernet zwar von der Anschuldigung der Theilnahme an der fahrlässigen, durch vorsätzliche Mißhandlung verursachten Tödtung stillschweigend freigesprochen, dagegen von der weder in der Anklage geltend gemachten, noch durch Wahrspruch der Geschworenen für richtig erkannten Unterstellung ausgehend, als ergebe sich aus allen Umständen, daß die Verabredung der Angeklagten eine Mißhandlung des J. Hölderle von der Art bezweckt, aus welcher eine Arbeits-Unfähigkeit von mindestens einigen Tagen erfolgen sollte, den genannten Angeklagten der Theilnahme an der dem J. Hölderle zugefügten Körperverletzung für schuldig erklärt und die gesetzliche Strafe dieses Verbrechens gegen ihn ausgesprochen, hierdurch das bezügliche Strafgesetz unrichtig auf die durch den Ausspruch der Geschworenen festgestellten Thatsachen angewendet hat, weßhalb die hiergegen erhobene Nichtigkeitsbeschwerde nach Ansicht des §. 115. I. 3 des Gesetzes vom 5. Februar 1851 als begründet sich darstellt, und in Gemäßheit der Vorschrift des §. 117. 3 dieses Gesetzes, das anderweitige Erkenntniß dahier zu erlassen war;

in Erwägung, daß nun zwar des Vergehens der körperlichen Mißhandlung, dessen der Angeklagte Wernet nach dem Ausspruche des Geschworenen nur als schuldig erscheint, zufolge der Bestimmungen der §§. 301 und 315 vergl. mit den §§. 227 und 238 des St.G.B. in der Regel nur auf Anklage oder Anzeige des Mißhandelten der gerichtlichen Verfolgung unterliegt, diese gesetzliche Regel jedoch auf den gegenwärtigen Fall, wo das strafrechtliche Verfahren gegen den Schuldigen wegen des concurrirenden schwereren Verbrechens der fahrlässigen, durch vorsätzliche Mißhandlung verursachten Tödtung von Amtswegen eingeleitet werden mußte und nach dem Ausspruche der Geschworenen dieses schwerere Verbrechen nur theilweise, nemlich nur die in demselben mitenthaltene vorsätzliche Mißhandlung, für erwiesen angenommen werden konnte, keine Anwendung findet;

nach Ansicht der §§. 125—26, 301, 150 u. 53; vergl. mit dem §. 227 und 239 am Ende und 240 am Ende des St.G.B.

Weitere Nichtigkeitsbeschwerde sind im 3. Quartale nicht zur Entscheidung des Cassationshofs gelangt. D. R.

II.

Ist die Vorschrift des §. 9 des Einführungsgesetzes, daß gegen öffentliche Diener wegen Amtsvergehen nur mit Genehmigung der Dienstbehörde oder des Staatsministeriums strafgerichtliche Verfolgung stattfindet, auf die eigentlichen Amtsverbrechen zu beschränken?

In Erwägung, daß die Ankläger eine Ehrenkränkungsklage gegen den Angeklagten daraufhin erheben, daß derselbe sie bei Ausübung seines Dienstes als Eisenbahnbeamter mit einem beschimpfenden Ausdrucke bezeichnet habe;

in Erwägung, daß der Unterrichter in Anwendung des §. 9 des Einführungs-Gesetzes vom 5. Februar 1851 die Einleitung eines weiteren Verfahrens verweigerte, weil die Zustimmung der vorgesetzten Dienstbehörde des Angeklagten hiezu nicht vorhanden ist;

in Erwägung, daß die angezogene Gesetzesstelle lediglich von Amtsvergehen öffentlicher Diener spricht, somit von besondern Verbrechen, welche nur von öffentlichen Dienern in dieser Eigenschaft begangen werden können, und welche in dem Titel 49 des Strafgesetzbuchs aufgezählt sind, nicht aber von gemeinen Vergehen;

in Erwägung, daß hier aber eine Ehrenkränkung, somit ein gemeines Vergehen, in Frage steht, welches von Jedem begangen werden kann, und dadurch, daß ein öffentlicher Diener im Dienst es verübt, allerdings eine Erschwerung und somit eine Straferhöhung begründet (§. 298 des Strafgesetzbuchs), keineswegs aber zum Amtsvergehen sich steigert,

wird verfügt:

Es sei unter Aufhebung der unterrichterlichen Verfügung vom 1. März l. J. dem großh. Oberamte N. die Einleitung der Untersuchung und die Entscheidung dieser Anklagesache aufzugeben.

(Erkenntniß des mittelrheinischen Hofgerichts vom 24. März l. J. J.U.S. gegen Postexpeditor Sch. von N.)

Diese Ansicht scheint mir gewichtigen Bedenken zu unterliegen. Der Grund der gesetzlichen Bestimmung, wie ihn Brkl. Anmerk. S. 12 mittheilt, liegt darin, daß, da das Staatsministerium die angefochtene Amtshandlung selbst angeordnet oder doch gebilligt haben kann, der gewöhnliche Richter über die Rechtmäßigkeit eines eigentlichen Regierungsaktes zu erkennen hätte, während doch nach dem constitutionellen Staatsrechte ein solches Erkenntniß nur im Falle der Ministeranklage dem Staatsgerichtshofe zusteht. Dieser Grund paßt nun gewiß ebensowohl dann, wenn es sich um ein eigentliches Amtsverbrechen handelt, als auch dann, wenn in Frage steht, ob die Amtshandlung eines öffentlichen Dieners ein gemeines Verbrechen enthalte, denn in beiden Fällen, ist die Unterstellung eines höheren Befehls oder einer höheren Genehmigung bezüglich der betreffenden Handlung gleich denkbar. Ueberdieß ist, wie bereits in einer, Annalen XXI. S. 210 mitgetheilten Entscheidung hervorgehoben wurde, die Bezeichnung „Amtsvergehen" in §. 9 des Einf.Ges. vollkommen anwendbar auf die Fälle des §. 703 Strafgesetzbuchs, da dort der Mißbrauch des Amts zur Verübung eines gemeinen Verbrechens ausdrücklich als Amtsverbrechen charakterisirt ist. Die häufig vorgekommenen Genehmigungen des Staatsministeriums zur strafgerichtlichen Verfolgung von Geistlichen wegen Mißbrauchs ihres Predigeramts zur Gefährde der öffentlichen Ruhe und Ordnung (St.G.B. §. 630 ff.), bilden ebenfalls einen Beleg für die Ausdehnung des §. 9 Einführungsgesetzes auf die durch eine Amtshandlung begangenen gemeinen Verbrechen, womit, soweit mir bekannt, auch die Praxis der andern Gerichtshöfe übereinstimmt.

Dr. Puchelt.

III.

1) Die Einweisung in den fürsorglichen Besitz des Vermögens eines Verschollenen gehört vor die Verwaltungsbehörden und nicht vor die Gerichte.

2) Die gerichtliche Hilfe kann erst dann angerufen werden, wenn die Einweisung von den Rechtspolizeibehörden ertheilt ist.

3) Durch die Versagung dieser Einweisung wird die gerichtliche Zuständigkeit nicht begründet.

4) Bedingte Endurtheile sind nur ausnahmsweise in Ganten zulässig.

Annalen XX. 121.

Seyfarth gegen Kaufmann.

In Frankreich ist die willkürliche Gerichtsbarkeit (jurisdictio voluntaria) den Gerichten überwiesen. Anders

verhält es sich damit in Baden, wo bei Einführung des Code civil die Rechtspolizei den Verwaltungsbehörden zugetheilt wurde.

Insbesondere ist es nach der Organisation von 1809 Reg.-Bl. von 1809 S. 429. §. 20. lit. f.) Obliegenheit der Beamtungen, als Verwaltungsstellen,

> über Abwesende in den geeigneten Fällen Kundschaft zu erheben, sie nach Befinden für verschollen zu erklären und in den fürsorglichen oder eigenthümlichen Besitz ihres Vermögens die dazu berechtigte Personen einzuweisen.

Das II. Einf.Edict zum Landrecht sagt im §. 10: „das Verfahren der Verschollenheitserklärung ist polizeilich, nicht gerichtlich.“ Die Obrigkeit selbst sorgt für die gesetzmäßige Bekanntmachung ihrer sich darauf beziehenden Entschließungen. Die Berufungen von derselben gelangen an die ihr unmittelbar vorgesetzte Administrativbehörde ꝛc., Reg.Bl. von 1809. S. 498.

Der L.R.S. 120 räumt den muthmaßlichen Erben eines Verschollenen die Befugniß ein, sich in den fürsorglichen Besitz seines Vermögens gegen Sicherheitsleistung einweisen zu lassen.

Die weiteren Rechte und Verbindlichkeiten der Eingewiesenen sind in L.R.S. 123 und ff. normirt.

Nun wurde durch Beschluß des großh. Bezirks-Amts Gernsbach vom 18. Mai 1852 der ledige Jakob Kaufmann von da für verschollen erklärt und dessen Vermögen, wie der Beschluß weiter besagt, den erbberechtigten Verwandten gegen Sicherheitsleistung in fürsorglichen Besitz gegeben.

Die nächsten Verwandten sind Simon Kaufmann als Vater und Christoph Seyfarths Wittwe als Tante des Verschollenen.

Der Erstere, welcher sich im Besitz des Vermögens seines Sohnes befinden soll, hat indessen die Einweisung nicht nachgesucht, weil er behauptet, daß ihm eine dasselbe überwiegende Forderung an den Verschollenen zustehe.

Wohl aber hat die Wittwe Seyfarth gegen S. Kaufmann gerichtliche Klage erhoben und darin das Begehren gestellt:

a) sie in den fürsorglichen Besitz des Vermögens des verschollenen J. Kaufmann gegen Sicherheitsleistung einzuweisen und

b) den Beklagten für schuldig zu erklären, die definitive Theilung dieses Vermögens zu gestatten und solches an sie herauszugeben, oder, soweit es nicht mehr im Stück vorhanden, Ersatz dafür zu leisten.

Der Unterrichter erließ auch, nach gepflogener Verhandlung, unterm 24. Juni 1853 ein der Klägerin günstiges Urtheil, welches aber auf die von dem Beklagten dagegen eingeführte Berufung durch hofgerichtliches Urtheil vom 10. November 1853 dahin abgeändert wurde: daß das erste Begehren vor den Gerichten nicht und das zweite noch zur Zeit nicht statt finde.

Dieser Entscheidung liegt die auch von dem großh. Oberhofgericht adoptirte Ansicht zum Grunde, daß die Einweisung vorerst bei der hiezu competenten Rechtspolizeibehörde zu erwirken, und daß, so lange dieß nicht geschehn, das zweite Begehren wegen mangelnder Activlegitimation der Klägerin unstatthaft sei.

Letztere ergriff die Oberberufung und bat:

> entweder das amtliche Urtheil unbedingt oder doch unter der Voraussetzung wieder herzustellen, daß sie bei der competenten Behörde die Einweisung in den Besitz des verschollenen J. Kaufmann vorher erwirkt haben werde;
>
> eventuell unter Aufhebung des hofgerichtlichen Urtheils dem großh. Hofgerichte aufzugeben, Verhandlungen zu pflegen und vorbehältlich der von der Klägerin bei der competenten Behörde zu erwirkenden Einweisung ꝛc. in der Hauptsache selbst ein Urtheil zu erlassen.

Hiermit ist (wenigstens alternativ und eventuell) um ein bedingtes Endurtheil gebeten, insoweit dem zweiten Begehren der Klägerin unter der Voraussetzung willfahrt werden soll, daß sie die Einweisung erwirke und den Beweis darüber beibringe.

Bedingte Endurtheile finden aber, abgesehen von jenen, welche auf Eid erkennen, nach den §§. 856 und 858 der Pr.O. nur ausnahmsweise in Ganten statt.

Auch könnte, nach Ansicht des §. 1176 der Pr.O., in dritter Instanz keinesfalls ein Endurtheil erlassen werden, weil das Appellationsgericht über die Hauptsache selbst noch nicht erkannt hat.

Annalen XVI. 202. XVII. 73. 274.

Eine Zurückweisung der Sache an das großh. Hofgericht hätte aber im Hinblick auf §. 330 der Pr.O. nur etwa dann eintreten können, wenn in dritter Instanz noch

die von der zuständigen Rechtspolizeibehörde ertheilte Einweisung beigebracht worden wäre.

Statt dessen hat jedoch der oberappellantische Anwalt mit einem Nachtrage zur Beschwerdeschrift zwei abschlägliche Verbescheidungen des großh. Bezirksamts Gernsbach vom 12. Jenner l. J. und der großh. Kreisregierung vom 3. Februar l. J. vorgelegt und dadurch gerade das Gegentheil von dem nachgewiesen, was er hätte beibringen müssen, um seinen eventuellen Antrag zu begründen.

Wenn in dem Erlasse der großh. Kreisregierung gesagt wird, daß nach Lage der Theilungsakten kein unbestrittenes Vermögen bestehe, in dessen fürsorglichen Besitz die Wittwe Seyfarth eingewiesen werden könnte, so läßt sich damit die Behauptung des oberappellant. Theils, daß sich der Richter allerdings jetzt schon mit der Entscheidung dieses Prozesses zu befassen habe, deßhalb nicht rechtfertigen, weil vor allem die Einweisung von der Rechtspolizeibehörde ertheilt sein muß, ehe die Gerichte um deren Vollzug angegangen werden können. Die richterliche Thätigkeit ist bedingt durch die Entscheidung der Vorfrage: wer als erbberechtigter Verwandter in den Besitz einzuweisen sei?

Diese Entscheidung steht aber nur den Verwaltungsstellen zu. Ob diese Entscheidung durch eine Erörterung darüber: wie weit unbestrittenes Vermögen in Frage sei, bedingt werde, ist hier nicht zu untersuchen. Wird der Wittwe Seyfarth die Einweisung versagt, so mangelt ihr die rechtliche Befugniß, die Ermittlung und Ausfolgung des Vermögens gegen irgendwen bei den Gerichten zu begehren oder allenfalls zu beantragen, daß das als bestritten bezeichnete Vermögen für liquides Vermögen des Verschollenen erklärt werde.

Da nun die gedachte Wittwe, an deren Stelle ihr Enkel Wilhelm Seyfarth als Rechtsfolger in den Prozeß eingetreten ist, die Einweisung bis jetzt nicht erwirkt hat, so findet die von ihr angestellte Klage noch zur Zeit nicht statt.

Das hofgerichtliche Urtheil wurde daher unterm Oktober l. J. in dritter Instanz bestätigt.

D. R.

IV.

Competenz-Conflikt.

Die Entscheidung der Frage: ob und wann die einmal eingetretene Accispflicht durch Beseitigung des Kaufs wieder aufgehoben werde? steht nicht den bürgerlichen Gerichten, sondern nur den Verwaltungsbehörden zu.

Advokat Brentano verkaufte am 31. Mai 1849 an S. L. in E. sein Wohnhaus in Bruchsal um 5490 fl., wofür Letzterer die Kaufaccise mit 137 fl. 15 kr. angesetzt und von ihr bezahlt wurde.

Dieser Verkauf wurde nach der Revolution vom großh. Fiskus als nichtig angefochten; nach eingeleiteten Verhandlungen kam ein Vergleich dahin zu Stande, daß S. L. von dem fraglichen Hauskauf abstand und sonach jenes Haus dem großh. Fiskus überließ.

S. L. verlangte sofort die bezahlte Kaufaccise zurück, wurde aber von großh. Steuerdirection mit diesem Gesuche zurückgewiesen, weil der Kauf nicht durch richterliches Erkenntniß als nichtig aufgehoben worden, sondern im Vergleichswege zurückgegangen und somit kein gesetzlicher Grund zur Aufhebung des f. J. richtig bewirkten Accisansatzes und somit auch kein gesetzlicher Grund zur Rückgabe der fraglichen Kaufsteuer vorhanden sei.

Nun erhob S. L. gegen den großh. Fiskus eine Klage vom 27. Juni 1853 und begehrte Verurtheilung des Beklagten zur Herausgabe des fraglichen Kaufaccises mit 137 fl. 15 kr. Das großh. Stadtamt Mannheim erkannte jedoch, daß die Klage vor den bürgerlichen Gerichten nicht stattfinde.

Auf erhobene Appellation hob das Hofgericht des Unterrheinkreises durch Urtheil vom 26. Januar 1854 das stadtamtliche Urtheil auf, und wies das Stadtamt Mannheim an, in der Sache selbst zu entscheiden. Dieses Urtheil wurde insbesondere dadurch begründet, daß die Klägerin ihre Verbindlichkeit zur Zahlung der Kaufaccise nicht bestreite, sondern die bezahlte Accise deßhalb zurück verlange, weil der factische Grund, aus welchem sie zahlte, nemlich der Kaufvertrag in der Folge wieder aufgehoben worden ist, und daß sich sonach die Klage auf eine zur Ungebühr — weil ohne Rechtsursache — geleistete Zahlung, somit auf ein privatrechtliches Verhältniß gründe, und die Beurtheilung dieser Klage dem Civilrichter zustehe.

Sofort erhob die großh. Steuerbehörde einen Competenz-

Conflikt und das großh. Staatsministerium hat durch Erkenntniß vom 14. Oktober l. J. ausgesprochen, daß das Urtheil des großherzogl. Hofgerichts des Unterrheinkreises vom 26. Januar d. J. wegen Unzuständigkeit der Gerichte, über die Klage vom 27. Juni 1853 zu erkennen, aufzuheben sei.

Die diesem Erkenntnisse beigefügten Entscheidungsgründe bestehen in Folgendem:

Es ist unbestritten und auch von dem großh. Hofgericht anerkannt, daß die Verwaltungsbehörden nach §. 8 des Organisationsedikts von 1809, Beil. lit. D. über die Accispflicht zu entscheiden haben. Das großh. Hofgericht nimmt aber an, daß

1) die Klägerin die Verbindlichkeit zur Zahlung der Accise nicht bestreite, sondern die bezahlte Accise deßhalb zurückfordere, weil der factische Grund, aus welchem sie zahlte, nemlich der Kaufvertrag aufgehoben worden sei;
2) daß es sich somit nur um eine Zahlung zur Ungebühr — weil ohne Rechtsursache (sine causa) — handle, welche als ein privatrechtliches Verhältniß dem Urtheil des Civilrichters unterliege.

Zu 1. Nach der Auffassung des großh. Finanzministeriums hätte die hofgerichtliche Ansicht die Folge, daß jeder Steuerpflichtige, wenn er bezahlt hat, die Frage, ob er zu zahlen verpflichtet gewesen sei, durch eine Rückforderungsklage vor den Richter bringen könnte.

Dies ist jedoch nach den Entscheidungsgründen nicht der Sinn des hofgerichtlichen Urtheils. Das Hofgericht anerkennt die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörde zur Entscheidung darüber, ob und in welchem Umfang ein Vorgang die Accispflicht begründe und hält die Gerichte nicht für zuständig, über eine Klage zu erkennen, welche darauf gebaut wäre, daß der Vorgang gar keine Accispflicht oder eine geringere begründet habe, das ungebührlich oder zu viel Bezahlte also rückerstattet werden müsse.

Das Hofgericht nimmt nur an, daß, wenn der ganze Vorgang (der Kauf ꝛc.) auf dessen Grund die Steuerbehörde die Accise zuständiger Weise angesetzt und erhoben habe, wieder aus dem Wege geräumt werde, damit der öffentlich rechtliche Grund hinwegfalle und das Bezahlte mit einer conditio sine causa vor dem Civilrichter wieder zurückgefordert werden könne.

Es unterscheidet also zwischen der Entstehung der Accispflicht und einer Wiederaufhebung derselben. Allein mit Unrecht.

Man kann es unerörtert lassen, unter welchen Voraussetzungen die in L.R.S. 1234 aufgezählten privatrechtlichen Erlöschungsgründe einer öffentlich-rechtlichen Verbindlichkeit (hier einer Accispflicht) vor dem Richter geltend gemacht werden könnten, denn von diesen Erlöschungsgründen ist hinsichtlich der von der Steuerbehörde bestimmten Accisschuldigkeit hier keiner angegeben. Die Aufhebung dieser ursprünglich mit Recht festgesetzten Schuldigkeit wird vielmehr thatsächlich auf das Rückgängigwerden des Kaufs und rechtlich auf den §. 93 der Accisordnung gebaut.

Aber wie die Frage: ob und wann ein Kaufabschluß den Eintritt der Accispflicht begründe? so ist auch die Frage: ob und wenn die eingetretene Accispflicht durch Beseitigung des Kaufs wieder aufgehoben werde? durch die Accisordnung, also durch das öffentliche Recht geregelt.

In der letzten Beziehung gibt der §. 93 der Accisordnung Maas und Ziel und die Anwendung dieses Gesetzes, beziehungsweise die Entscheidung über streitige Fälle desselben, steht den Verwaltungsbehörden zu.

Dabei macht es keinen Unterschied, ob die Accise zur Zeit des Rückgangs des Kaufs schon bezahlt sei, oder nicht, ob also über die Rückerstattung oder darüber gestritten werde, ob die vom rückgegangenen Kauf noch ausstehende Accise bezahlt werden müsse, und wenn der Civilrichter überhaupt keine Erkenntniß darüber hat, ob die Art und Weise, wie ein Kauf rückgängig wurde, die vorhanden gewesene Accispflicht wieder aufhebe, so kann auch

zu 2, die auf einen solchen Vorgang gebaute Rückforderung nicht als eine conditio indebiti oder sine causa vor den Richter gebracht werden.

Läge die Frage, ob nach dem Accisgesetz die Accispflicht in Folge des Rückgangs des Kaufs wieder aufgehoben worden sei, außer Streit, wäre also die zum Erkenntniß der Verwaltungsbehörde gehörige Frage durch die zuständige Behörde festgestellt und verweigerte der Fiskus gleichwohl die Rückzahlung aus civilrechtlichen Gründen (z. B. weil bei der Zahlung kein thatsächlicher Irrthum vorgelegen oder weil die Rückerstattung schon erfolgt, die Schuld durch Wettschlagung ꝛc. getilgt oder verjährt sei ꝛc.), so wäre die Klage auf Rückzahlung der Accise, deren öffentlich-rechtliche Nichtschuld von der zuständigen Behörde anerkannt wäre, allerdings vor dem Civilrichter anzubringen. Aber um derlei Dinge handelt es sich hier nicht, sondern hier ist nicht nur

nicht behauptet, daß die zuständige Verwaltungsbehörde die Richtschuld, soweit sie sich auf das öffentliche Recht (die Accisordnung) gründet, anerkannt habe, das Gegentheil liegt vor und darum gerade ist der Richter angegangen, daß er selbst über die Frage entscheide, ob der Rückgang des Kaufs nach §. 93 der Accisordnung die Accispflicht wieder aufhebe.

Der ganze Klaggrund und Streitgegenstand gehört daher lediglich in das Gebiet des öffentlichen Rechts und das hofgerichtl. Erkenntniß v. 26. Januar d. J., welches diese Klage zur richterlichen Verhandlung verweist, ist unzuständig erlassen.

Anders würde es sich allerdings verhalten, wenn, wie etwa der Nachtrag vom 13. Februar 1854 gedeutet werden kann, die Klage darauf gegründet wäre, daß der Fiskus in dem mit der Klägerin abgeschlossenen Vergleich sich zur Rückerstattung der Accise verpflichtet habe.

Allein eine solche Behauptung ist in der Klage nicht aufgestellt und der erwähnte Nachtrag vom 13. Februar 1854 ist dem angefochtenen hofgerichtlichen Erkenntniß, welches vielmehr nur die öffentlich-rechtliche Frage, ob die Accispflicht in Folge des Kaufrückgangs wegfalle, zur Verhandlung verweist, nicht zu Grunde gelegt, darüber überhaupt noch keine richterliche Verfügung erfolgt, daher auch bei Entscheidung des Competenzstreites keine Rücksicht zu nehmen.

Eberlein*)

V.

Remuneratorische Schenkungen sind der Vorschrift des L.R.S. 931 nicht unterworfen.

Schwab gegen Knöbel.

Die Klägerin begehrte die Erfüllung der ihr vom Beklagten in einer Privaturkunde gemachten Zusagen. Diese Urkunde lautet folgendermaaßen:

Der Unterzeichnete macht sich hiermit verbindlich, seiner bisherigen, den 23. d. M. freiwillig aus seinem Dienste getretenen Haushälterin Katharina Schwab in Berücksichtigung ihrer vieljährigen treuen Dienstführung und zu ihrer Sicherheit vor künftigem Nahrungsmangel fünf hundert Gulden binnen etwa zwei Jahren auszuzahlen, welche Summe sie auch jedenfalls bei etwaigem früherem Absterben des Unterzeichneten soll anzusprechen haben. Nebstdem verspreche ich ihr jährlich hundert Gulden so lang fortzuentrichten, bis durch anderwärtige günstige Verhältnisse dieser Beitrag aufhört, dringendes Bedürfniß zu sein. — Datum und Unterschrift. —

Auf den Grund dieser unbestrittenen Urkunde wurde der Beklagte in zweiter und dritter Instanz unbedingt zur Zahlung der versprochenen 500 fl. verurtheilt, hinsichtlich der jährlichen Rente von 100 fl. aber die Entscheidung von zwei der Klägerin theils über empfangene Abschlagszahlungen theils über ihre fortdauernde Unterstützungsbedürftigkeit zugeschobenen Eiden abhängig gemacht, welche sie nach dem oberhofgerichtlichen Urtheil vom 22. September l. J. auszuschwören hat.

Oberhofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Die Zusagen, welche den Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits bilden, hat der Beklagte der Klägerin gegeben, obgleich dieselbe während ihrer Dienstzeit den vertragsmäßigen Liedlohn bezogen hatte. Hieraus in Verbindung mit den Worten der Urkunde „in Berücksichtigung der vieljährigen treuen Dienstführung und zu ihrer Sicherung vor künftigem Nahrungsmangel" geht das Anerkenntniß des Beklagten hervor, daß die Klägerin durch den Bezug des Liedlohns einen entsprechenden Ersatz für die geleisteten Dienste nicht erhalten, sondern dafür noch eine besondere Vergütung verdient habe, und deßhalb ist in jener Zusage eine vergeltende Schenkung enthalten. Schenkungen dieser Art sind aber nicht als reine Freigebigkeitshandlungen zu betrachten, in ihnen liegt vielmehr das Anerkenntniß der Existenz einer Verbindlichkeit, und sie sind also der Sache nach eine Bezahlung für empfangene Leistungen; auf sie findet darum auch die Bestimmung des L.R.S. 931, daß zur Rechtsgültigkeit unentgeldlicher Vermögensüberlassungen ein Notariatsakt erforderlich sei, keine Anwendung. Hiernach ist das in der Urkunde vom 28. Dezember 1851 gegebene Versprechen für den Beklagten ein rechtsverbindliches und zwar nicht blos bezüglich der zugesagten 500 fl., sondern auch hinsichtlich der jährlichen Unterstützungsrente von 100 fl., indem, wie aus der Fassung der Urkunde und namentlich aus der Verbindung der beiden Zusagen durch das Wort „nebstdem" sich ergibt, die Zusicherung der Unterstützungsrente auf demselben Grunde beruht, wie die

*) Großh. Domänenrath in Carlsruhe.

Zusicherung der 300 fl., — jene daher sich ebenfalls als eine remuneratorische Schenkung darstellt.

Die Klage auf Erfüllung der gegebenen Zusage ist demnach auch ohne die weitere darin aufgestellte Behauptung, daß schon bei Abschluß des Dienstvertrags eine angemessene Entschädigung bei längerer Dienstzeit verabredet worden sei, vollkommen begründet.

Vergl. Zachariä, Bd. IV. §. 703 am Ende. Gleiche Entscheidungen sind mitgetheilt von Lauckhard, Bd. III. S. 305 und Annalen XXI. S. 46. Dagegen findet sich die entgegengesetzte Ansicht in oberhofg. Jahrb. n. F. Bd. VII. S. 97. Sofern wie im obigen Falle, ein wirklicher, wenn auch nicht gerade klagbarer Verpflichtungsgrund die Ursache der Schenkung ist, dürfte die jetzt von dem obersten Gerichtshof angenommene mildere Meinung vollkommene gerechtfertigt sein, wie sie denn auch mit dem von Zachariä a. a. O. beurkundeten Gerichtsgebrauch in Einklang steht.

P.

VI.

Ein Vorschlag zur Hebung des Bodencredits.

Die Verbesserung unseres Pfandwesens ist in neuerer Zeit mehrfach angeregt worden; so namentlich auf dem letzten Landtage durch die Motion des Hofrath Dr. Maier, die Verbesserung der Grund- und Pfandbücher betreffend, und durch den von großh. Justizministerium vorgelegten Gesetzentwurf über einige Abänderungen des Pfand- und Vollstreckungswesens, sodann durch die Abhandlungen von Dr. Zentner und Hermanuz über diesen Gegenstand im Magazin für badische Rechtspflege rc. 1. Bd. 2. Heft S. 254 und 359.

Alle diese Vorschläge bezwecken mittelbar die Hebung des Bodencredits und geben uns Veranlassung, zu gleichem Zwecke einen Gedanken hier nieder zu legen, der zunächst durch die Gesetze vom 1. April 1848 (Reg.-Bl. No. XXI. S. 89) und vom 13. Februar 1851 (Reg.-Bl. No. XIV. S. 155) über die von zusammengerotteten Haufen mit offener Gewalt verübten Verbrechen und dadurch verursachten Beschädigungen hervorgerufen wurde.

Nach dem jüngsten der belobten Gesetze haftet die Gesammtheit der Bewohner einer Gemeinde für die von ihren Mitbewohnern auf gedachte Weise irgendwem zugefügten Schäden in der Art, daß der Ersatz aus der Gemeindecasse geleistet und von dieser zum Theil nach Köpfen, zum Theil nach dem Steuercapital umgelegt wird, vorbehaltlich des Rückgriffs auf die Urheber, Anstifter und Theilnehmer an dem verübten Verbrechen.

Sollte nun die diesem Gesetze zum Grunde liegende Idee einer Gesammtbürgschaft auf legislativem Wege nicht auch da in Anwendung gebracht werden können, wo Pfandgläubiger durch unrichtige Zeugnisse und Beurkundungen der Gemeinderäthe (L.R.S. 2127a. und 2197) in Schaden versetzt worden sind?

Ist es doch die Gesammtheit der Bürger einer Gemeinde, welche nach Stimmenmehrheit ihre Beamten wählt, in deren Geschäftskreis bekanntlich die Führung der Grund- und Pfand-Bücher gehört.

Der Staat, beziehungsweise die Staatskasse haftet für die durch Vergehen und Versehen der öffentlichen Beamten und Bediensteten dritten Personen zugefügten Beschädigungen, weil der Gewaltgeber für die Handlungen des Gewalthabers einstehen muß.

Wäre es im Hinblick auf diese Analogien nicht ganz natürlich, wenn die Gesammtheit der Bürger einer Gemeinde für die Beschädigungen verantwortlich gemacht würde, welche die Männer ihrer Wahl bei Führung der ihnen aufgetragenen Geschäfte verschuldet haben?

Wie oft ist es schon vorgekommen, daß Pfandgläubiger in Verlust geriethen, weil die ihnen als freies Eigenthum des Schuldners versetzten Güter schon mit älteren Pfandlasten beschwert oder gar fremdes Eigenthum waren! Wie oft ist es ferner vorgekommen, daß solche Gläubiger auch mit ihrem Rückgriff auf die Mitglieder des Pfandgerichts durchfielen, weil deren Vermögen, selbst bei sammtverbindlicher Haftbarkeit für einander, zum Schadenersatz nicht ausreichte!

Wie läßt es sich aber rechtfertigen, daß der einzelne Gläubiger, welcher im loyalen Vertrauen auf die Richtigkeit des Verlagscheins sein Geld hingeliehen hat, den ihm aus der Unrichtigkeit dieser Urkunde erwachsenen Schaden mit allen Kosten auf sich leiden soll? Würde es den Anforderungen der Gerechtigkeit und Billigkeit nicht mehr entsprechen, wenn die Gesammtheit der Orts-

bürger einen solchen Schaden trägt, der durch Vergehen oder Versehen ihrer Geschäftsführer entstanden ist?

Wir tragen kein Bedenken, diese Frage vom Standpunkte des Gesetzgebers zu bejahen und dem auf die vorbemerkte Art beschädigten Pfandgläubiger, ohne Rücksicht darauf, ob die betreffenden Mitglieder des Pfandgerichts zahlungsfähig sind oder nicht, in erster Reihe einen Entschädigungsanspruch gegen die Gemeinde einzuräumen, dieser überlassend, ihren Rückgriff auf die Urheber des Schadens zu nehmen. Das in dem Rechtsstreit gegen die Gemeinde ergehende Urtheil müßten auch die zur Vertheidigung beizuziehenden Urheber des Schadens als eine Rechtswahrheit gegen sich gelten lassen und zwar mit der Wirkung, daß die zur Schadloshaltung des Pfandgläubigers rechtskräftig verurtheilte Gemeindekasse berechtigt wäre, mit dem Nachweis der Zahlung ohne weiteres Vollstreckung gegen die regreßpflichtigen Mitglieder des Pfandgerichts zu begehren.

Wollte man den benachtheiligten Gläubiger erst dann für berechtigt erklären, in zweiter Reihe auf die Gemeindekasse zu greifen, nachdem er vorher nicht blos den Schuldner, sondern auch das Pfandgericht vergebens ausgeklagt hätte, so wäre er genöthigt, im Ganzen drei Prozesse zu führen, also auch dreimal Kosten aufzuwenden und nebenbei sein Capital nebst Zinsen noch einige Jahre länger zu entbehren, vielleicht auch, zu guter Letzt, das Armenrecht in Anspruch zu nehmen.

Ist man auf der einen Seite dahin gekommen, die Gemeindekasse für Verluste der fraglichen Art haftbar zu machen, so muß man auf der anderen Seite auch darauf bedacht sein, sie möglichst zu schonen.

Dies geschieht aber gerade dadurch, daß die Gemeindekasse in erster Reihe auf Ersatz belangt werden kann, weil sie unter dieser Voraussetzung weniger Prozeßkosten und Zinsen zu ersetzen hat, als in dem Falle, wenn der Rückgriff auf sie durch die Vorausklagung des Pfandgerichts bedingt wäre.

Man wird uns vielleicht den Einwurf machen, daß durch obigen Vorschlag den ohnehin schon vielfach beschwerten Gemeinden eine neue Last aufgebürdet und damit eher der Ruin als der Wohlstand derselben angebahnt werde. Wir erwiedern aber darauf, daß eine wirkliche Belastung der Gemeindekasse nur dann eintritt, wenn die ersatzpflichtigen Mitglieder des Pfandgerichts zahlungsunfähig sind, und daß es im Interesse aller Einzelnen liegt, den guten Ruf und Credit des Ortes zu erhalten und zu bewahren.

Mögen daher die Bürger bei der Wahl ihrer Vorsteher behutsam zu Werke gehen und ohne Parteirücksichten immer nur den redlichsten und tüchtigsten Männern ihre Stimme geben.

Es werden dann unrichtige Verpfändungen und dadurch entstehende Verluste der Pfandgläubiger, wo nicht ganz wegfallen, doch nur selten vorkommen. Und der Bodencredit wird, zum Wohle aller Einzelnen, voraussichtlich sich heben, wenn der Capitalist, indem er durch die subsidiäre Gesammtbürgschaft der Gemeinde möglichst gesichert ist, nicht mehr Gefahr läuft, in Folge unrichtiger Pfandverschreibungen sein Geld zu verlieren, dessen nutzbare Anlegung ihm die Staatspapiere und die industriellen Unternehmungen unserer Tage so ungemein erleichtern.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXI. **No. 44.** Mannheim, 28. October **1854.**

I.

Ausbeute von Erfahrungen im Schwurgerichtssaal.

(Zweite Mittheilung.)

1. Zur Einleitung.

Seit der ersten Mittheilung im Jahrg. 20. No. 3 u. 4 sind wieder 6 regelmäßige Urtheilssitzungen der Schwurgerichte (und noch mehr) vorübergegangen. Auch diese haben, wiewohl allgemein wird anerkannt werden müssen, ferner bestätigt, daß das Schwurgericht auf unserem heimischen Boden recht gut Wurzel faßt und in gedeihlicher Fortentwicklung sich bewährt.

Das gesunde Urtheil, der Eifer und die Pflichttreue, welche unsere Geschworenen schon in jenem früheren Zeitraum der nicht ohne Zweifel und Bedenken erwarteten ersten Entwickelung einer neuen Gerichtsanstalt fast überall gezeigt haben, hat sich auch in diesem zweiten Zeitraum, den man wohl als den des näheren Hineinlebens in Form und Geist der Anstalt bezeichnen kann, in reichem Maße kund gegeben, wie dies auch schon vielfach von Rechts- und Sachkundigen öffentlich durch Schrift und mündliche Rede ausgesprochen worden ist. [1])

Soweit meine Erfahrungen über die Wirksamkeit der Geschworenen im unterrheinischen Kreise betrifft, kann ich dieses wenigstens mit voller Ueberzeugung bestä-

---

[1]) Die neuesten Zeugnisse hierüber im Magazin für Rechtspflege und Verwaltung, Bd. I. Heft 1. S. 89 u. S. 129 folgd., Heft 3. S. 372 folgd., auch Annalen, Jahrg. 21. S. 271 Note.

Von der regen Theilnahme, welche dem schwurgerichtlichen Verfahren im Großherzogthum Baden gewidmet wurde, zeugt auch die über diesen Gegenstand bereits erwachsene verhältnißmäßig reiche Literatur. Ein kurzer Ueberblick derselben wird hier am Platze sein:

I. Besondere Schriften:

J. B. Bekk, Anmerkungen zum Gesetz über Einführung des St.G.B., des neuen Strafverfahrens und der Schwurgerichte, Karlsruhe 1851 (Erläuterungen nach Ordnung der §§.), hiezu auch dessen mündliche Vorträge.

Dr. J. Zentner, Anleitung für Geschworene, Mannheim 1851, (zunächst für diese bestimmt.)

W. Thilo, die Strafgesetzgebung des Großherzogthums Baden, Nachtrag, Karlsruhe 1851 (enthält das Gesetz über die Einführung des St.G.B. u. s. w. vom Jahr 1851 mit Auszügen aus der Begründung der Regierung und dem Commissionsbericht der II. Kammer.

Dr. Anton Mayer, das Strafverfahren im Großherzogthum Baden nach dem Gesetz vom Jahr 1851, Freiburg 1851 (eine systematische Darstellung des ganzen Verfahrens, Heft 1: Allgem. Theil, Heft 2: Untersuchung und Urtheilsfindung.)

II. Abhandlungen in Zeitschriften:

1) In den Annalen der bad. Gerichte in Jahrg. 17. S. 17, Technik des schwurgerichtlichen Verfahrens, von Keller (nach dem älteren Gesetz, auch Bemerkungen in Jahrg. 16. S. 158. 355); Jahrg. 18. S. 353. 361. 385. 393, das Schwurgericht, von Haager, und hiezu in Jahrg. 19. S. 70—81. S. 150—160. S. 174—186. S. 229—245. S. 313—331, Fortsetzung und Schluß (ausführliche Benützung der Kammerverhandlungen u. s. w.); Jahrg. 19. S. 333 und Jahrg. 20. S. 37, statistische Bemerkungen (Unterrheinkreis); desgl. Jahrg. 20. S. 20, Ausbeute von Erfahrungen im Schwurgerichtssaal (vom Einsender), sodann Schwurgerichtsfälle: in Jahrg. 18. S. 331; Jahrg. 19. S. 27, desgl. S. 273 und 347; Jahrg. 20. S. 321 u. 353; Jahrg. 21. S. 161, desgl. S. 233 und 270 (diese verschiedenen Fälle sind aus dem Unterrhein-, Mittelrhein- und Seekreis, mitgetheilt von Stempf, Haager, Ladenburg, v. Hillern, Ottendorf), ferner Cassationsbeschwerdefälle: in Jahrg. 19. S. 89; Jahrg. 20. S. 170. 265. 388. 389. 401; Jahrg. 21. S. 102. 177. 180 (von Bayer, Puchelt, Kunzmann, v. Soiron, Haager), endlich verschiedene Erörterungen über einzelne Fragen in Jahrg. 19—21.

2) In den Jahrbüchern des Oberhofgerichtes, neue Folge, Jahrg. 13. S. 4. 25. 49. 63 und 173, Abhandlungen über einzelne wichtige Fragen und Cassationsbeschwerdefälle von der

tigen. Ueber zu viele **Freisprechungen** von Seiten unserer Geschworenen konnte man gewiß mit Grund nicht klagen, aber auch billiger Weise nicht über das **Gegentheil**.

Bei der gewissenhaften und umsichtigen Prüfung, welcher alle Schwurgerichtssachen sowohl in Bezug auf die Beweisfrage als die Rechtsfrage schon von Seiten unserer Anklagekammer und Staatsbehörde unterworfen wurden, ist es gewiß nicht zu verwundern, wenn Freisprechungen nicht häufig vorkommen, im Gegentheil ist diese Erscheinung eher ein Beleg für den gesunden und festen Rechtssinn unserer Schwurmänner. Uebrigens sind auch Freisprechungen, sowohl vollständige als auch namentlich theilweise, in manchen Fällen, wenn auch nicht häufig, erfolgt, und zwar fast ohne Ausnahme nur da, wo in der Zweifelhaftigkeit der Sache, in besonderen Umständen des Falles, vom Standpunkte des gesunden Menschenverstandes aus betrachtet, eine hinreichende Rechtfertigung hiefür zu finden war.

Dagegen hat es nicht an Fällen gefehlt, in denen eine verlockende Versuchung zur Freisprechung nach den Umständen der Sache selbst für nicht rechtsgelehrte Beurtheiler sehr nahe lag und demungeachtet ein der Gerechtigkeit vollkommen Genüge leistender Wahrspruch zu Stande kam, z. B. in A.S. gegen Philipp **Höbler**'s Ehefrau von Flinsbach wegen Meineides, gegen Waldhüter Egidius **Weiß** von Neulußheim wegen Bruch seines Verspruchseides und gegen Friedrich **Oberembt** von Cöln wegen Mordversuchs. Ich will nur den letzten Fall etwas näher hervorheben. Es ist dieß die in weiteren Kreisen bekannt gewordene Anklage gegen einen mehr leichtsinnigen als bösartigen jungen Mann, welcher um seine Geliebte zu erschießen (nachdem diese, zur Lösung eines aussichtslosen Liebesverhältnisses, ihre Vaterstadt verlassen hatte) von Cöln hieher reiste und im Laden einer hiesigen Putzhändlerin sein scharf geladenes Doppelterzerol auf die Erstere abfeuerte, hierauf aber, als er sie nicht traf, auch die Kugel des zweiten Laufes abzufeuern versuchte, (übrigens ohne Erfolg, da der Schuß versagte.) Ungeachtet in dieser Sache ein großer Theil des Publikums, vorzüglich der jüngere, unverkennbar zu Gunsten des jugendlichen Angeklagten eingenommen und das Romantische der ganzen Handlungsweise, sowie auch das Aussehen und Auftreten des wohlgebildeten, schwärmerischen jungen Mannes gar sehr geeignet erschien, auf die Geschworenen Eindruck zu machen, ungeachtet von Seiten der Vertheidigung (die sogar eine Verlegung der Verhandlung wegen der nachträglich in Zweifel gezogenen Zurechnungsfähigkeit des Angeklagten erwirkte), gewiß nichts versäumt wurde, um jene günstige Umstände zu benützen, und der Angeklagte die **ernstliche** Absicht bei Verübung der That mit Zurücknahme seines früheren Geständnisses vor dem Schwurgericht gänzlich in Abrede stellte, ungeachtet endlich in der schwanken Begriffsbestimmung eines beendigten Versuches (Straf-Gesetz-Buch §. 107) der Vertheidigung eine besondere Handhabe zur Herbeiführung eines schonenderen Wahrspruches zu Gebot stand und in dieser Richtung sogar die sehr milde Ansicht eines berühmten Rechtslehrers [2]) zu Hilfe gerufen werden konnte, gaben die Geschworenen nichtsdestoweniger einen mit der Wahrheit und dem Gesetz streng übereinstimmenden Wahrspruch, indem sie es verschmähten der über der Strenge des Gesetzes schwebenden Gnade des Staatsoberhauptes pflichtwidrig vorzugreifen.

Es könnten noch weitere ähnliche Beispiele aufgestellt werden, das Obige mag jedoch genügen.

Was den **Eifer** und die **Pflichttreue** unserer Geschworenen betrifft, so sind anerkennende Zeugnisse hierüber schon öfters öffentlich ausgesprochen worden [3]).

Redaction (Oberhofrichter Dr. **Stabel**), jetzt auch S. 421. 428 (von **Lacoste**, **Falter**.)

3) Im **Magazin für Rechtspflege und Verwaltung**, Bd. I. S. 79, **Resultate der Strafrechtspflege** von **Zentner**; ferner S. 90, **die Richtigkeitsbeschwerde des Staatsanwaltes**, von **Haager**; S. 129. 300, **das Schwurgericht in Baden**, von **Stempf**; S. 230, **die Vertheidigung im Anklageverfahren und vor den Schwurgerichten**, von **Mittermaier**; S. 369, **die Thätigkeit des Schwurgerichts im Seekreis**, von **Haager**.

4) In nicht badischen Zeitschriften verschiedene hieher gehörige Abhandlungen, wie namentlich im **Gerichtssaal** von **Jagemann** 1849—1854.

[2]) **Mittermaier** in Note 1. zu **Feuerbachs** Lehrbuch ist der Meinung, daß nach **badischem** Rechte (abweichend vom würtembergischen Gesetz Art. 64 und vom hessischen Gesetz Art. 68) in einem Fall wie der obige zum Losdrücken der Pistole auch noch eine **Verwundung** hinzugekommen sein müßte, damit ein **beendigter Versuch** vorläge. Diese Meinung scheint aber weder den Worten des Gesetzes noch der Absicht der Gesetzgebung und wohl noch weniger der Natur der Dinge zu entsprechen. Die **Verwundung** wäre schon ein **wirklicher** Erfolg, wenn gleich nicht der **volle** Erfolg, der zum vollendeten Verbrechen gehört, das Gesetz verlangt aber keinen Erfolg. Vergl. die **Motive** der Gesetzgebungscommission zu §. 92—97. 99 u. 105 des Entwurfs des St.G.B. („**die wirkliche Anwendung der Waffe, die ohne Erfolg blieb.**“)

[3]) Vergl. Anmerkung [3]) oben.

Gewiß liegt in dieser Hinsicht überall kein Grund und Anlaß zu gerechten Beschwerden vor. Fast niemals kam es vor, daß sich ein Geschworener, wie dieß selbst in England nicht so selten zu geschehen pflegt, dem Schwurgerichtsdienste pflichtwidrig aus offenbar verwerflichem Grunde zu entziehen suchte, überhaupt war die Zahl der Befreiungs- und Entschuldigungsgesuche meist nicht groß, niemals unverhältnißmäßig. Dagegen wiederholte sich der Mißstand noch öfters, daß ein nicht rechtzeitig vor der Minderung der Kreisliste, beziehungsweise vor der Loosziehung (§. 59 ff. des Einf.Ges.) angebrachtes dringendes Befreiungsgesuch [4]) nachträglich geltend gemacht wurde, dieß war namentlich in Bezug auf einen Geschworenen aus dem Militärstand, dem einzigen Geschworenen aus diesem Stande, welcher meines Wissens im unterrheinischen Bezirk auf die Liste gesetzt worden ist, der Fall.

Die Thatsache, daß die Geschworenen gewöhnlich, nach einer durch die früheren Erfahrungen herbeigeführten Uebung [5]), am Schlusse jeder Urtheilssitzung das ihnen gemäß §. 64. Z. 7 des E.G. zustehende Recht der Befreiung für die nächsten 6 Urtheilssitzungen in gemeinsamer Eingabe zeitig zu wahren suchen, kann ihnen billiger Weise nicht zum Vorwurf gemacht werden, da die Ausübung des Geschworenenamtes immerhin große Opfer an Zeit, Kosten und Anstrengungen ungewohnter Art mit sich bringt, mithin eine Erleichterung ihnen sehr zu gönnen ist, überdieß aber ein angemessener Wechsel in den Personen im Interesse der Heranbildung der tauglicheren Bürger für die neue Gerichtsanstalt wünschenswerth erscheint.

Das im zweiten Vierteljahr 1853 zu Mosbach abgehaltene Schwurgericht von mehr als sechswöchentlicher Dauer war besonders geeignet, den Eifer und die Pflichttreue unserer Geschworenen auf eine harte Probe zu stellen, da die Belästigung hiebei eine unverhältnißmäßig große war; unsere Geschworenen haben diese Probe, zu ihrer Ehre darf es gesagt werden, vollkommen befriedigend bestanden. [6])

Jenes Mosbacher Schwurgericht, das einzige, welches seit Einführung der Geschworenen in Baden nach Maßgabe des §. 89 des Gesetzes (auf den Beschluß des Hofgerichtes in vollem Rath) an einem anderen als dem regelmäßig bestimmten Orte seines Sprengels [7]) Statt fand, verdient wohl in mehr als einer Hinsicht der besonderen Erwähnung in diesen Annalen unserer badischen Gerichte. Hauptgegenstand der dortigen Verhandlungen war eine große Zahl von gefährlichen Diebstählen, untermischt mit einzelnen Raubfällen, welche fast

---

[4]) Auch die Befreiung von Geschworenen in Bezug auf einzelne Sitzungstage wegen vorübergehender dringender Gründe, die erst im Laufe des Schwurgerichts eintraten, kam mehrmals vor. Es fällt in die Augen, daß eine solche Befreiung (Beurlaubung) öfters ganz unvermeidlich ist. Die Gesetzgebung hat diesen Punkt dem vernünftigen Ermessen der Gerichtshöfe überlassen. Gleichwohl sind dieselben wohl bisweilen in der Lage, zu wünschen, daß das Gesetz nicht völlig über diesen Punkt geschwiegen hätte. Der unterrheinische Schwurgerichtshof hat keinen Anstand genommen, einem Geschworenen wegen plötzlicher tödtlicher Erkrankung seines der Pflege entbehrenden Sohnes einen derartigen Urlaub zu gewähren. Auch glaubte derselbe einem Geschworenen, welcher wegen seiner ausgezeichneten Operationen als Wundarzt einen europäischen Ruf hat, als dessen Hilfe bei einer unverschieblichen Operation von einem Krebskranken auf das Dringendste gewünscht wurde, einen kurzen Urlaub ebenfalls nicht versagen zu dürfen. Der in §. 64 Z. 5 des Gesetzes kundgegebene allgemeine Grundsatz bot hiefür einen Anhaltspunkt dar, und jeder Richter, der nicht das „fiat justitia, pereat mundus" ganz buchstäblich nimmt, wird wohl dieses Verfahren billigen. Uebrigens ist es klar, daß von dem letztern ganz außergewöhnlichem Falle ein Rückschluß auf Fälle gewöhnlicher Art nicht zulässig ist.

[5]) Diese Uebung scheint auch in anderen Schwurgerichtsbezirken sich gebildet zu haben, z. B. im Seekreise nach der Mittheilung von Haager im 3. Heft des Magazins für Rechtspflege.

[6]) Auch für das Gericht, insbesondere den Vorsitzenden und die Staatsbehörde, war diese sechswöchentliche Gedulds- und Kraftprobe keine geringe. Ich würde mich einer Pflichtversäumung schuldig zu machen glauben, wenn ich hier nicht der trefflichen Weise gedächte, in welcher der Schwurgerichtspräsident, Hofgerichtsrath Stempf, und der Staatsanwalt (jetzige Ministerialrath) von Seyfried, der allgemeinen Anerkennung zufolge, ihre schwere Aufgabe von Anfang bis zu Ende glücklich durchführten. Eine Ablösung durch deren Stellvertreter fand, der Kosten- und Zeitersparung wegen, nur in wenigen Fällen statt, die Anstrengung war mithin eine um so größere.

[7]) Der Fall einer außerordentlichen Schwurgerichtssitzung zwischen den gewöhnlichen Vierteljahressitzungen kam bis jetzt (auch in anderen Schwurgerichtsbezirken) noch nicht vor. Hinsichtlich der Mosbacher Fälle kam übrigens solche in Frage. Die Trennung der verschiedenen Fälle zeigte sich aber in mehrfacher Beziehung als nicht wohl ausführbar.

Das Wegfallen einer ordentlichen Urtheilssitzung dagegen kam im unterrheinischen Bezirk bisher noch nicht vor und nicht in Frage, die Sitzungen nahmen niemals weniger als eine Woche, meistens mehr Zeit, in Anspruch. Bei einem anderen Schwurgericht, dem des Seekreises, fiel im Jahr 1851 und 1853 eine regelmäßige Urtheilssitzung wegen Mangels an Stoff ganz hinweg. Vergl. Magazin für Rechtspflege, Heft 3. S. 369.

insgesammt von einer und derselben Gruppe von Verbrechern [8]) theils in vereinzelter Verbindung mehrerer, theils gemeinsam und in einer Bande verübt worden waren, und nun in Folge der sehr weitreichenden, zahlreichen Geständnisse eines jugendlichen Verbrechers von hervorragender Gewandtheit und eigenthümlicher Begabung [9]), sowie durch die erfolgreiche Thätigkeit des Untersuchungsrichters zu näherer Enthüllung und strafrichterlichen Aburtheilung gebracht werden konnten.

Schon der Umstand, daß die Angeklagten seit längerer Zeit die dortige Gegend und einen Theil des angrenzenden Odenwaldes unsicher gemacht hatten, mußte wohl das Interesse der Bewohner jener Bezirke in hohem Grade in Anspruch nehmen und es zeigte sich auch in der That unter allen Classen der Bevölkerung eine fortgesetzte, rege Theilnahme an den Sitzungen des Schwurgerichtes und eine allgemeine, zunehmende Achtung vor der neuen Gerichtsanstalt, welche wohl eine nachhaltige gute Wirkung in der genannten Gegend zurückgelassen haben dürfte.

Die meist zahlreich versammelte Zuhörerschaft beobachtete durchgehends eine anständige, achtungsvolle Haltung; Ruhestörungen von irgend einem Belang kamen niemals vor [10]). Auf der anderen Seite war auch das freundliche, im ernsten Streben nach Erreichung eines hohen Zweckes einmüthige Zusammenwirken aller Kräfte (wie verschieden auch deren Stellung war), unter den Gerichtsmitgliedern selbst aber jener Geist ächter Collegialität, ohne welchen jede Collegialgerichtseinrichtung der höheren Weihe und des rechten Segens entbehrt, gewiß eine sehr erfreuliche Erscheinung.

Was die Aburtheilung der Mosbacher Schwurgerichtsfälle selbst betrifft, so möge hier nur erwähnt werden, daß der Gerichtshof gemäß St.G.B. §. 4 u. Einf.G. §. 7 mehrmals in der Lage war zu gleicher Zeit das ältere und neuere badische und das ältere und neuere würtembergische, beziehungsweise das hessische Strafgesetz zu vergleichen, um das mildere Recht herauszufinden, und daß hiebei das badische Strafgesetzbuch fast immer als das mildere Gesetz erschien, die fremden Gesetze dagegen mehrfach den Vorzug größerer Einfachheit und Zweckmäßigkeit darzubieten schienen. Soviel über das Mosbacher Schwurgericht. [11])

Im Allgemeinen darf man wohl mit Entschiedenheit behaupten, daß die Gerichtsanstalt der Geschworenen unter den Rechtskundigen, sowie im Volke mehr und mehr Gönner und Freunde gewinnt.

[8]) Die Namen derselben: Georg Simon Götschenberger, Johann Georg Maier, Franz Morsch, Friedrich Wolfangel, Heinrich Baudenike, Sebastian Zürn, Engelberth Roth u. s. w. haben theils schon früher, theils seit jener Zeit eine traurige Berühmtheit erlangt.

[9]) Zu näherer Kennzeichnung dieses jungen Verbrechers, welcher mehr einen unverwüstlichen Leichtsinn, als Bösartigkeit des Willens zeigte, möge die Mittheilung dienen, daß er zu eben jener Zeit, als das Schwurgericht über die von ihm selbst enthüllten schweren Verbrechen und voraussichtlich über das Loos seines ganzen Lebens entschied, seinen Mitgefangenen in der Zelle die Reden des Staatsanwaltes, Vertheidigers und Präsidenten zur Kurzweil nachgesprochen haben soll. — Während dieser Angeklagte das Zugeständniß von Diebstählen äußerst leicht zu nehmen schien, suchte er dagegen den Schein des Raubes oder der Gewaltthat eifrig von sich abzuwenden, und verwahrte sich mehrmals gegen den Namen „Schinderhannes," der nach dem Leumundszeugniß auf ihn angewendet worden sein soll.

[10]) Auch hier in Mannheim fanden Störungen von Belang niemals Statt.

[11]) Die Zahl der in Mosbach verhandelten und abgeurtheilten Straffachen beträgt (ohne 2 Aburtheilungen gegen Abwesende) 30; hievon betrafen aber mehrere eine Reihe zusammengehöriger Fälle, die letzte Sache sogar 25 Fälle. Die Summe der im Ganzen erkannten Strafen betrug (vor der gesetzmäßigen Herabsetzung, Einf.G. §. 109, St.G.B. §. 170 folgd.) 471 Jahr Zuchthaus, 43 Jahr 6 Monat Arbeitshaus und 5 Jahr 9 Monat 1 Woche Gefängniß. Die Gesammtkosten des Schwurgerichts aber beliefen sich (nach Aufzeichnungen der Registratur) auf 4820 Gulden 54 Kr. In Bezug auf den Kostenpunkt hat hienach die Abhaltung eines Schwurgerichts an einem anderen Orte als dem regelmäßigen Schwurgerichtssitz kein günstiges Ergebniß geliefert, indeß sind hiebei die besonderen Verhältnisse jenes außergewöhnlichen Schwurgerichts nicht außer Acht zu lassen.

In rechtsgeschichtlicher Beziehung sei hier noch bemerkt, daß in der Nähe des Mosbacher Bezirks noch bis gegen das Ende der deutschen Reichsverfassung ein mit dem Schwurgericht jedenfalls nahe verwandtes Gericht alle Vierteljahre gehegt wurde. Es ist dies das Centgericht in Möckmühl, welches nach Maaßgabe der alten, im Jahr 1793—1740 erneuerten, Centordnung aus einem Centgrafen und 36 durch freie Wahl bestellten Richtern bestand (wozu der Vogt von Möckmühl als Ankläger kam) und über schwere Verbrechen aus dem Bereich verschiedener landesherrlicher Gebiete abzuurtheilen hatte. Näheres hierüber in der würtembergischen Monatsschrift für Justizpflege, von Sarwey, Bd. 7. Abth. 3. S. 472—501.

Hiemit sind Duttlingers Mittheilungen über Reste des Schöffengerichtes in den badischen Landen im Archiv für Rechtspflege und Gesetzgebung in Baden, Bd. 1. No. XLVI. S. 547 zu vergleichen. Es findet sich daselbst namentlich das Protokoll eines Karlsruher Malefizgerichtes vom 14. August 1729, worin unter Anderm die Abstimmung der 12 Schöffen (6 Gerichtsverwandten und 6 Rathsverwandten) beurkundet ist.

Der Einwurf, den aufrichtige Gegner der Anstalt bei uns noch vorzugsweise entgegensetzen, pflegt sich wohl meist auf die Anführung zu beschränken, daß das nämliche Ergebniß durch öffentliche Verhandlung vor rechtsgelehrten Richtern ohne Geschworene wenigstens ebensogut mit weniger Mühe und Kosten erreicht werden könnte.

Solche Gegner möchte ich auf den beherzigenswerthen Ausspruch eines hochgestellten englischen Rechtsgelehrten und Staatsmannes verweisen, den ich schon an einem andern Orte hervorzuheben Gelegenheit hatte.

Im Febr. d. J. bei der Einführung einer die Verbesserung des Gerichtswesens betreffenden Bill sprach sich der Lordkanzler vor versammeltem Oberhause u. A. etwa in folgendem Sinne aus:

„Wenn er auch ferne davon sei, jene gewöhnliche und volksmäßige blinde Verehrung für das Institut der Geschworenen irgend zu theilen, so halte er doch dafür, daß das Verfahren der Prüfung durch Geschworene, wie solches in England eingeführt worden sei, zur Ausmittelung der Wahrheit eines der allerbesten Werkzeuge sei, die jemals erfunden wurden. Er meine die Prüfung durch Geschworene, welche unter dem Vorsitz und der Leitung eines Richters geschehe, ein Verfahren, demzufolge einfache Thatfragen nicht rechtsgelehrten Männern vorgelegt werden unter Führung und Leitung eines Mannes, der in vorzüglichem Grade ein Rechtsgelehrter und gewohnt sei, die Thatsachen von einem rechtlichen Gesichtspunkt aus zu betrachten. Fragen der Gerechtigkeit und Wahrheit würden auf diesem Wege besser erledigt als durch irgend ein anderes Verfahren. Oefters komme es wohl vor, daß Geschworene unrichtige Aussprüche gäben, ohne Zweifel aber auch Richter nicht minder; Jedermann sei dem Irrthum unterworfen. — Mit gutem Gewissen könne er versichern, daß während der 11 Jahre seiner gerichtlichen Laufbahn (als common law judge) es wohl vorgekommen sei, daß die Geschworenen einen Wahrspruch abgegeben hätten, den er zur Zeit für unrichtig gehalten, nach weiterem Nachdenken aber zu seiner Befriedigung dennoch für richtig erkannt habe. Natürlich sei dieß nicht immer so gegangen, öfters habe er auch seine Ansicht als die richtige fortwährend festgehalten, jedoch glaube er bemerken zu müssen, daß keine Gewißheit vorhanden war, daß deshalb, weil der Richter dafür gehalten habe, die Geschworenen seien im Unrecht, diese es auch wirklich waren. Einen großen Vortheil habe das Verfahren mit Geschworenen, nämlich den: daß die Rechtsgelehrten, welche als fachmäßig gebildete Personen die natürliche Neigung hätten, von einem fachmäßigen Gesichtspunkt auf die Dinge zu schauen, ihre Begriffe über die fraglichen Gegenstände durch Personen, welche solche von einem verschiedenen Gesichtspunkte betrachteten, berichtigt erhielten."

Mit Erstaunen und Unmuth möchte vielleicht Dieser oder Jener aus der Mitte unserer deutschen Staatsweisen und Rechtsgelehrten bemerken, wie hier ein Lordkanzler ganz offen gesteht, daß er sich öfters geirrt habe, ein Rechtsgelehrter, daß seiner und seiner Genossen Rechtsweisheit dem vereinigten Urtheil des gemeinen Menschenverstandes gegenüber keineswegs eine untrügliche sei! Nach meinem Dafürhalten aber (und gewiß auch dem der verehrten Leser) ist jenes Zugeständniß als ein Wahrzeichen ächter Rechtsweisheit und reiferer Einsicht zu betrachten. Die Erfahrung, worauf es sich bezieht, konnte man auch an Wahrsprüchen unserer badischen Geschworenen öfters bestätigt finden.

Nach diesen allgemeinen Vorbemerkungen wende ich mich zu einzelnen besonderen Erörterungen aus dem Gebiete meiner schwurgerichtlichen Erfahrungen, zunächst zu den schon früher berührten Punkten, denen dann weitere angereiht werden sollen. Eine Hauptfrage war und ist wohl:

II. Die nothwendige Erleichterung und Vereinfachung im Geschäfte der Schwurgerichte.

Im Allgemeinen war man über die Nothwendigkeit größerer Erleichterung und Vereinfachung im schwurgerichtlichen Geschäftsgang wohl ziemlich einig (nach den offenkundigen Erfahrungen, die in dieser Hinsicht vorliegen und nach den vielfachen Stimmen, die hierüber laut wurden, darf man dies annehmen), dagegen zeigte sich in Bezug auf die zur Erreichung dieses Zweckes zu wählenden Mittel und Wege eine bedeutendere Verschiedenheit der Meinungen.

Die Vorschläge, welche in der früheren Mittheilung, im Anschluß an auch anderwärts kundgegebene Wünsche, zur Erzielung des gewünschten Erfolges gemacht wurden, sind gleichwohl nicht ohne vielfältigen Anklang geblieben, auch hat die hohe Behörde, der die Fortbildung unserer Gesetzgebung zunächst obliegt, vor Beginn des vorigen Landtages diesem wichtigen Gegenstande die verdiente Beachtung geschenkt, indem sie die angeregten Fragen in

nähere Erwägung zog und Gutachten der Gerichtshöfe hierüber veranlaßte. Es erfolgte indessen die erwartete Vorlage eines bezüglichen Gesetzesentwurfes nicht, obwohl eine solche in Aussicht gestanden zu haben scheint. Man mochte wohl Bedenken tragen, schon jetzt eine Abänderung unseres erst vor so kurzer Zeit in's Leben getretenen Schwurgerichtsgesetzes in Antrag zu bringen, bevor eine längere Reihe von Erfahrungen über dessen Wirksamkeit Zeugniß gegeben hat, und es läßt sich allerdings nicht verkennen, daß dieser Grund gewiß von großem, ja von entscheidendem Gewicht erscheinen muß, sofern es sich um eine wesentliche Umgestaltung jenes neuen Gesetzes, um irgend eine Abänderung in seinen Hauptgrundsätzen handelte. Insofern etwa eine solche weiter gehende Umgestaltung nicht blos die Abstellung einiger besonderen Uebelstände, deren Beseitigung ganz dringend nöthig erscheint, zugleich in Frage kam oder nach Sachlage leicht in Frage kommen konnte, scheint es immerhin ungleich besser, wenn zur Zeit gar keine Aenderung in Vorschlag und Ausführung gebracht wurde [12]). Man muß der jungen, unserem Boden bisher so fremden Pflanze Zeit und Luft lassen, um sich naturgemäß zu entwickeln und auszubilden, da unzeitige Störungen leicht ihr Gedeihen, das bisher ein ersprießliches schien, beeinträchtigen könnten.

Es läßt sich auch ferner nicht in Abrede stellen, daß in nicht wenigen Punkten schon eine zweckförderliche Gerichtsübung, ein angemessenes Ab- und Zugeben am rechten Platze von Seiten der im Schwurgerichtsorganismus thätigen Kräfte, die nöthige Erleichterung und Vereinfachung wenigstens theilweise gewähren kann, und daß auch auf diesem vor Allem zu empfehlenden Wege schon günstigere Ergebnisse erzielt worden sind, namentlich auch bei dem Schwurgerichte des unterrheinischen Kreises.

Als Hauptpunkte, wenn wir der Richtung des bezeichneten Weges näher nachgehen, mögen hiebei besonders folgende in Betracht kommen:

1) Vor Allem eine strengere Ausscheidung in Betreff der an das Schwurgericht zu weisenden Sachen von Seiten der Anklagekammer; sodann

2) angemessene Abkürzung der Anklageschrift;

3) thunlichste Beschränkung des Vorschlags und der Vorladung von Zeugen auf das Nothwendige, namentlich in unbedeutenderen Fällen und bei vorliegendem umfassendem Geständniß;

4) zweckmäßige Kürze der Verhöre und Raschheit in der Leitung der Verhandlungen von Seiten des Vorsitzenden, Vereinfachung der Formen, wo solche ohne Bedenken Statt finden kann; insbesondere

5) Vermeidung des Vorlesens allzuvieler Aktenstücke durch vernünftige Maßbeschränkung in der Beantragung und Zulassung überhaupt und namentlich durch geeignete Feststellung geringerer Nebenumstände auf kürzerem Wege;

6) Unterlassung unnützer, allzu bedeutungsloser Fragen und Fraganträge von Seiten des Staatsanwalts und Vertheidigers;

7) kernhafte Kürze [13]) in den Vorträgen des Staatsanwalts und des Vertheidigers so wie des Vorsitzenden, insbesondere Vermeidung überflüssiger Wiederholungen, namentlich längerer Repliken und Dupliken in einfacheren Fällen, endlich

8) förderlicher Geschäftsgang in Bezug auf die Berathungen des Gerichtshofes durch dienliche Vorbesprechung und Vorbereitung.

In einigen von diesen Punkten (ich will nur beispielsweise Zf. 6 und 8 hervorheben) hat sich seit Einführung des Schwurgerichts ein sehr entschiedener Fortschritt zum Besseren gezeigt in anderen wenigstens ein nicht unerheblicher Anfang des Fortschrittes, wogegen in dem einen oder anderen Punkte wohl noch ziemlich viel zu wünschen übrig bleibt.

Was den Punkt Zf. 1 betrifft, der übrigens nach meiner Ueberzeugung jetzt gewiß nicht mehr zu den zuletzt erwähnten Punkten gerechnet werden kann, so wurden bezüglich der s. g. gefährlichen Diebstähle, dieses Steins des Anstoßes und des Aergernisses in unserem Schwurgerichtssaale, unsere Anklagekammern von vielen Seiten darauf hingewiesen, daß es ja in ihrer Hand liege, durch eine vernünftige beschränkende Auslegung des St.G.B. §. 381 die Zahl der vor das Schwurgericht zu verweisenden Diebstähle auf ein erträgliches Maß zurückzuführen.

[12]) Vergl. Magazin für Rechtspflege, Bd. I. Heft 1. S. 131.

[13]) „Kurz, nervose und deutlich!" ist seit dem jüngsten Reichsabschied (§. 34 und 37) uns gründlichen Deutschen so oft zugerufen und anempfohlen worden. Wir bedürfen nichtsdestoweniger Alle mehr oder minder noch öfter der Erinnerung an diesen Mahnruf, den man, wie weiland andere Sprüche mit großen Buchstaben an die Wände unserer Gerichtssäle schreiben sollte, wenn jener gute alte Brauch noch bestünde.

Ohne Zweifel kann in dieser Richtung durch ein vernünftiges, billiges Ab- und Zugeben ohne Verletzung des Gesetzes viel gewonnen werden. Die Anklagekammer des unterrheinischen Hofgerichtes, die früher in dieser Hinsicht strengeren Grundsätzen huldigte, hat in neuerer Zeit ihre Strenge sehr gemildert, ja wie mir scheint, bis zu dem Grade, zu welchem sie ohne klar nachweisliche Mißachtung des Wortlautes und Geistes des Gesetzes vorschreiten konnte [14]).

Demungeachtet hat man derselben wohl entgegengehalten, daß in anderen Kreisen ungleich weniger Diebstähle vor das Schwurgericht gewiesen wurden.

Ich weiß nicht, inwieweit diese Thatsache und worin sie ihren Grund hat, das aber weiß ich (und jedem Denkenden muß es einleuchten), daß die Verminderung der geringeren schwurgerichtlichen Diebstahlsfälle ein Vortheil von sehr leichtem Gewicht ist gegenüber dem schweren Nachtheil, der daraus entspringt, wenn die Gerichte, sei es auch in der besten Absicht und zum besten Zwecke, sich daran zu gewöhnen anfangen, den geschichtlich und wissenschaftlich nachweisbaren, klar ausgesprochenen Sinn eines Gesetzes durch kunstreiche oder kühne Auslegung bei Seite zu schieben! Greift eine solche Auslegungswillkühr einmal in einer Richtung Platz, so mag sie nach dem Grundgesetz der Logik gar bald und leicht auch in dieser oder jener anderen Richtung, in einer für die Staatsordnung weit bedenklicheren Weise sich geltend zu machen suchen.

Wenn man bei der Anwendung des St.G.B. §. 381 (wie dieß nach meinem Dafürhalten allerdings geschehen darf und soll) neben dem Hauptgesichtspunkt der objectiven Gefährlichkeit zugleich auch den subjectiven Gesichtspunkt, die Persönlichkeit des Angeschuldigten [15]), in billigem Maße in Betracht zieht, wenn man überhaupt den Begriff der Gefährlichkeit des Diebstahls gegenüber der blosen Erschwerung desselben möglichst streng nimmt, so kann man, was den Diebstahl mit Einsteigen betrifft, füglich zu dem Ergebniß gelangen, daß ungeachtet der erstiegenen beträchtlicheren Höhe bei der dem Knaben- oder Jünglingsalter eigenen Leichtfüßigkeit und Gelenkigkeit der jugendliche Angeschuldigte leicht hätte entfliehen können, oder daß bei einem nicht so jugendlichen Angeschuldigten die beträchtlichere Höhe durch andere das Ein- und Aussteigen erleichternde Umstände überwogen wird [16]); ebenso kann man, was den Diebstahl mit Waffen oder andern gefährlichen Werkzeugen betrifft, recht wohl zu dem Ergebniß kommen, daß ungeachtet des mitgeführten oder am Ort der That vom Thäter zu sich genommenen Taschenmessers, Hammers, Meisels u. s. w. sehr häufig die vorausgesetzte Gefährlichkeit des Diebstahls überall nicht zu unterstellen ist, insofern schon die bekannte Art und Sitte der Landesgegend oder die besondere Persönlichkeit des Thäters oder der besondere Grund und Zweck der Mitführung oder Ergreifung des Werkzeugs und drgl. m. gegen eine solche Annahme spricht, ja man wird wohl bei der Prüfung der Gefährlichkeit des Werkzeugs selber, eingedenk des Grundbegriffs des Diebstahls mit Waffen und im Hinblick auf die zu vergleichenden verwandten Bestimmungen anderer deutschen Strafgesetzbücher [17]) davon

---

[14]) Wenn die Anklagekammer früher mit größerer Strenge zu Werke ging, so muß ihr, von Gewissenhaftigkeit und Achtung vor dem geschriebenen Rechte zeugendes Verfahren doch selbst bei denjenigen, die eine Milderung der scheinbaren oder wirklichen Gesetzesstrenge durch Auslegung für nöthig und zulässig halten, mehr Anerkennung als Tadel finden. Ist es doch in Wahrheit hier sehr schwer zu bestimmen und nachzuweisen, wo die Grenze des Erlaubten in der Auslegung aufhört, und die des Unerlaubten beginnt.

[15]) Insofern der Verfasser des Aufsatzes in Annalen Jahrg. 21, S. 17 seinen Worten nach (wie es scheint übrigens doch nicht mit so weitreichender Absicht) bei der Beurtheilung der Gefährlichkeit jede Rücksicht auf die Individualität des Diebes ausschließt, bedarf seine Behauptung jedenfalls der Berichtigung.

[16]) In Bezug auf die erforderliche Höhe hat die Willkühr großen Spielraum. Daß ein Einsteigen durch Fenster zu ebener Erde nicht hinreicht, sagen schon die Motive der Gesetzgebungscommission. Jagemann im Criminallexikon S. 201 behauptet, die Höhe vom Erdboden müsse jedenfalls die mittlere Manneshöhe überschreiten. Man wird füglich noch eine ungleich größere Höhe verlangen dürfen. Das Einsteigen soll in gefährlicher, die Geflissenheit und Vermessenheit des Diebs kundgebender Weise geschehen sein, wie die angeführten Motive andeuteten, und auch die Commission der 2. Kammer bei ihrem (angenommenen) Abänderungsvorschlag immerhin unterstellt zu haben scheint. Vrgl. übrigens Annalen Jahrg. 21. S. 17.

[17]) Einige deutsche Gesetzbücher sprechen blos von Waffen, wie z. B. das von Preußen §. 218; andere geben zugleich eine dem badischen Gesetz ähnliche weitere Bestimmung, wie das von Bayern §. 222, Würtemberg §. 139, Hannover §. 157 („nach ihrer gewöhnlichen Wirkung“), desgleichen Braunschweig §. 80. — Das österreich. Gesetzbuch §. 174 spricht von „Gewehr oder anderen der persönlichen Sicherheit gefährlichen Werkzeugen“, während das von Hessen-Darmstadt §. 370 und Nassau §. 363 neben Gewehren und Waffen „alle anderen Werkzeuge, Maschinen oder Geräthschaften, womit man schießen, stechen, schneiden, hauen oder

ausgehen dürfen, daß das fragliche Werkzeug, sofern es nicht zu den eigentlichen Waffen (d. h. den zum Angriff oder zur Vertheidigung gefertigten Werkzeugen) gehört, immerhin im Sinne des Gesetzes ein waffenähnliches Werkzeug sein soll, mithin gewöhnliche Stöcke, selbst dickere, ohne Hinzutritt besonderer Umstände noch keineswegs genügend erscheinen.

Was dagegen den Diebstahl mit Einbruch betrifft, so ist allerdings auf das Merkmal der Gewaltsamkeit des Einbrechens das gehörige Gewicht zu legen und demgemäß, da ohne alle Gewalt nicht einmal ein Kartenhaus erbrochen oder eine papierene Fensterscheibe entfernt werden kann, eine Gewalt von einem gewissen erheblicheren Belang zu erfordern [18]), allein mit welchem Recht, ja mit welchem Schein des Rechtes läßt sich bei einem Diebstahl, der mittelst Erbrechens einer gewöhnlichen, in gutem Zustande befindlichen, wenngleich nicht besonders starken Wand verübt wurde, die Gewaltsamkeit deßhalb als nicht vorhanden darlegen, weil ein junger Verbrecher mit jugendlich kräftiger Hand die Gewalt in Anwendung brachte, oder weil der Thäter eine solche gröbliche und gefährliche Verletzung des Hausrechtes blos um eines Brodlaibes willen vollführte, oder, vielleicht besser gesagt, zufällig nur einen Brodlaib davontrug? [19])

zerquetschen kann", aufführt. Vergl. C. F. Müller, das Strafgesetzbuch für die preuß. Staaten mit Beifügung der Strafbestimmungen der anderen deutschen Staaten, zu §. 218, S. 469 ff. und S. 247 und 503, und das angeführte Criminallexikon S. 681 „Waffen", und S. 199.

[18]) Vergleicht man aber die Motive der Gesetzgebungscommission zu §. 381 (§. 342 des Entwurfes) des Strafgesetzbuches, worin gesagt wird: „Auf die Mittel, durch welche das Aufbrechen bewirkt wurde, kommt es zum Begriffe des Verbrechens nicht an, und ebensowenig auf den Grad der angewendeten Gewalt," so muß man sich bald zur Genüge überzeugen, daß man in dieser Richtung ohne offenbare Verletzung des Wortlautes und Geistes des Gesetzes nicht sehr weit vorschreiten kann. Dagegen wird man immerhin entschieden weiter vorschreiten dürfen, als der Verfasser der Abhandlung in Annalen Jahrg. 18. S. 177, der schon das Aufbrechen eines Ladens mit der Hand für genügend hält. Vergl. Criminallexikon S. 200.

[19]) Dem Einwurf, daß es schlimm sei, wenn ein jugendlicher Dieb, der nur eine Wand von nicht besonderer Dicke durchbrach, vor das Schwurgericht gestellt werde, wurde in einer Anklagekammer der einleuchtende Satz entgegengehalten, daß es aber noch viel schlimmer sei, wenn die Richter selbst die Wand des Gesetzes durchbrechen würden.

Welchen Eindruck und welche Wirkung möchte es hervorbringen, wenn etwa bei einem wirklich vor das Schwurgericht gebrachten Einbruchsfall aus vorgelegten Voracten ein derartiger künstlicher Nachweis, daß augenscheinliche Gewalt eigentlich keine Gewalt sei, von der Vertheidigung sachdienlich benützt würde?

In einer anderen Richtung hingegen, nämlich in Bezug auf den gesetzlich nicht näher bestimmten Begriff eines umschlossenen Hofraums, kann sowohl bei dem Diebstahl mit Einbruch als bei dem Diebstahl mit Einsteigen wohl durch strengere Auslegung auf eine dem Sinn und Ausdruck des Gesetzes nicht zuwiderlaufende Weise geholfen werden. [20])

(Fortsetzung folgt.)

[20]) Daß die Umschließung des Hofraums immer auch im gewissem Sinne eine **Verschließung** bilden muß, somit eine solche Umzäunung, welche gar nicht als zum Verschluß, sondern etwa nur als Grenzbezeichnung dienen kann, keineswegs genügend erscheint, läßt sich schon aus dem Commissionsbericht der II. Kammer erkennen, worin vom verschlossenen Hofraum geredet wird. Andere deutsche Strafgesetzbücher bedienen sich theils des Ausdruckes „eingeschlossener Hofraum", wie das bayrische (Novelle, Art. VI.) oder „geschlossener Hofraum" wie das würtembergische (§. 329) theils auch des Ausdrucks „umschlossener Hofraum," wie das preussische (§. 218) das weimarische, koburgische u. s. w. (§. 221), sowie insbesondere das hessische (§. 367) welches den Begriff näher dahin bestimmt: „Ein umschlossener Hofraum ist der, in welchen man nur durch den Gebrauch von Schlüsseln, durch Einbrechen oder Einsteigen gelangen kann. Vergl. auch Annalen, Jahrgang 18, S. 179.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von G. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXI. **No. 45.** **Mannheim,** 4. November **1854.**

I.

Ausbeute von Erfahrungen im Schwurgerichtssaal.

(Fortsetzung.)

Soviel scheint mir aber gewiß, daß, abgesehen von dem Mißstand, der schon darin liegt, wenn ein Strafgesetz gleichsam geflissentlich nach einer gewissen Richtung hin fort und fort durch Auslegung beschränkt wird, die auf solchem Wege erzielte Abhilfe gegen ein anerkanntes Uebel auf die Dauer immerhin unzulänglich bleiben muß. Das Uebel steckt viel zu tief im St.G.B. §. 381 und seiner (man darf wohl sagen) schiefen Grundlage selbst, indem dieser §., auf schwurgerichtliches Verfahren nicht berechnet und hiefür wenig passend [21]), Merkmale, die der nöthigen Bestimmtheit und Festigkeit entbehren, zum Theil auch nicht wesentlich und allgemein entscheidend genug sind (wie namentlich das Nichtleichtentfliehenkönnen in dem öfters kaum zu unterstellenden Falle der Betretung, auch wohl das Umschlossensein des Hofraums u. s. w.) Merkmale, die nur etwa in Bezug auf das Strafmaaß in Betracht kommen sollten, zu wesentlichen Merkmalen in Bezug auf den Begriff der schwersten Classe des Diebstahls selbst und jetzt sogar in Bezug auf die Zuständigkeitsfrage erhebt. Es ist und bleibt daher nach meiner, auf fortgesetzte Erfahrungen begründete Ueberzeugung eine Abhilfe im Wege der Gesetzgebung immerhin sehr zu wünschen.

Eine nicht unerhebliche Vereinfachung im Verfahren, Schwurgerichtsfälle, und zwar nicht blos der gefährlichen Diebstahlsfälle, würde allerdings auch dadurch erreicht werden, daß die **Begünstiger** nicht mit vor das Schwurgericht gestellt würden, wie dieß in anderen Bezirken zum Theil gehalten werden soll.

Dieser Punkt ist schon früher in diesen Blättern angeregt und erörtert worden.

Jahrgang 18. S. 204 Note und S. 357.
Jahrgang 19. S. 64.

Auch im unterrheinischen Bezirk kam derselbe in neuester Zeit wiederholt in Frage und es hat sich namentlich mein verehrter Freund und College Stempf im Magazin für Rechtspflege und Verwaltung Bd. 1., Heft 2, S. 310 für die erwähnte Vereinfachung erklärt. Es läßt sich, abgesehen von der gewonnenen Vereinfachung selbst, für diese Ansicht anführen:

1) Die Fassung des §. 43 des Einf.Ges., wo nur von der Theilnahme die Rede ist, in Vergleichung mit §. 16 der St.P.O, wo nur die Gehilfen, nicht die Begünstiger unter den Theilnehmern genannt werden;

2) die Fassung des §. 142 des St.G.B., wornach die Begünstigung ausdrücklich als ein besonderes Vergehen bezeichnet wird;

3) die ausdrückliche Bemerkung in den Motiven der Gesetzgebungscommission zu §. 142 ff. des St.G.B. (§. 124 ff. des Entwurfes), wonach man von der wissenschaftli-

[28]) Darüber möchten im Allgemeinen die Stimmen der Rechtskundigen, die das Gesetz durch unmittelbare Anwendung zu prüfen Gelegenheit hatten, ziemlich einig sein, wenn auch im Einzelnen mehr Meinungsverschiedenheit bestehen mag. Dagegen sind die überwiegenden Vorzüge unseres neuen Strafgesetzbuches, das nur an zu vielen künstlichen Unterscheidungen und am Mangel der Einfachheit und Natürlichkeit in manchen Begriffsbestimmungen leidet, keineswegs zu verkennen oder zu unterschätzen. Vergl. Magazin für Rechtspflege Bd. 1. Heft 1. S. 82. 85. S. 130, Annalen Jahrgang 21. S. 17 auch Criminallexikon, S. 597, „Strafgesetzbücher."

chen Ansicht [22]) ausging, daß die Begünstigung nicht als eine Art von Theilnahme an Verbrechen selbst erscheine, da eine Theilnahme an einer schon begangenen Handlung geradezu unmöglich sei, und daß sich die Begünstigung auf den Verbrecher, nicht auf das Verbrechen beziehe [23]).

Diese zusammentreffenden Gründe scheinen bei dem ersten Anblick in der That von großem Gewichte zu sein. Nichts desto weniger wird die Gegenansicht, die bisher im unterrheinischen Bezirk herrschende Uebung, aus folgenden Gründen den Vorzug verdienen:

1) die gänzliche Trennung der Begünstigung vom Hauptverbrechen kann, wenn man die Sache nicht blos nach der einen Richtung, sondern von allen Seiten betrachtet, sicher nicht als ein zweckmäßiges Verfahren erkannt werden, da beide Verbrechen in so innigem Zusammenhang stehen, daß die Verhandlung des letzteren zugleich auch für die Aburtheilung der ersteren als Hauptgrundlage dient, und dieselbe wesentlich erleichtert, auf der andern Seite aber auch Begünstigungshandlungen nicht selten zugleich den Stoff zur Ueberweisung des Urhebers oder Gehilfen darbieten, während die gesonderte Aburtheilung des Begünstigers durch einen andern Richter, dem der Verlauf der Hauptverhandlung fremd ist, zu seltsamen Mißständen führen könnte; [24])

2) wenn auch nach der in den Motiven der Gesetzgebungscommission kundgegebenen wissenschaftlichen Ansicht, die jedenfalls im Einklang mit allgemeinen Grundsätzen der Wissenschaft aufgefaßt wreden muß [25]), die Begünstigung nicht als eine eigentliche Theilnahme (die s. g. nachgefolgte Theilnahme) betrachtet werden soll, und in St.G.B. §. 142 von einem besonderen Vergehen der Begünstigung die Rede ist, so geht doch aus St.G.B. §. 143 hervor, daß zugleich das Verhältniß der Begünstigung zur That als dem „Hauptverbrechen" vollkommen anerkannt wird. Als eine Betheiligung am Verbrechen im weiteren Sinne eine Theilnahme in allgemeinerer Bedeutung läßt sich daher die Begünstigung immerhin auffassen;

3) diese Art der Auffassung scheint auch die natürliche; sie ist im Wesen der Sache selbst begründet, wie auffallend auch die verschiedenen Gesetzgebungen hinsichtlich des Begriffes der Theilnahme im engeren Sinne von einander abweichen.

Vergl. Criminallexicon, S. 608 „Theilnahme" [26]), desgl. S. 89 „Begünstigung."
Feuerbach, peinl. Recht §. 53.

Sagt doch auch schon das alte Rechtssprichwort: „Der Hehler ist so gut als der Stehler".

4) Daß aber der Ausdruck „Theilnahme" in §. 43 des Einf.Ges. in diesem weiteren Sinne zu nehmen ist, läßt sich aus anderen Bestimmungen dieses Gesetzes erkennen, nemlich aus §. 16, wo unter den zur Gerichtsbarkeit der Aemter gehörigen Straffachen die Begünstigung (als besonderes Vergehen) nicht vorkommt. Da nämlich die Begünstigung auch in §. 41 nicht vorkommt, so würde man zu dem offenbar ganz vernunftwidrigen Ergebniß gelangen, daß die Begünstigung, wenngleich das Hauptverbrechen unter die Gerichtsbarkeit des Bezirksamtes fiele, als besonderes Vergehen stets vom Hofgericht abzuurtheilen sei, sofern man nicht annähme, daß die Theilnahme im §. 48

---

[22]) Es ist dies namentlich die Ansicht Mittermaiers und vieler neueren Rechtslehrer. Mittermaier zu Feuerbach §. 53. Note II. Köstlin, deutsches Strafrecht §. 91. Hiegegen ist aber die Ausführung von Birnbaum im Archiv des Criminalrechts, N. F. Jahrgang 1842. S. 49 flgde. zu vergleichen. Uebrigens erkennen gleichwohl auch die Ersteren die „accessorische Natur" des Vergehens ausdrücklich an. Vrgl. auch Bekk's Anmerkungen S. 81.

[23]) Mir scheint jede Auffassung, welche die Begünstigung nicht zugleich als Begünstigung des Verbrechens ansieht, an sich und auch nach badischem Recht nothwendig zu schiefen Folgerungen zu führen, wie sich aus der näheren Betrachtung der Fälle des St.G.B. §. 142 ergibt. Es wird eben das Verbrechen durch Begünstigung des Verbrechers in Beziehung auf ersteres begünstigt. Unsere Urtheile lauten auch regelmäßig auf Begünstigung des Diebstahls, des Betrugs u. s. w. und man sagt: fautor delicti. Jener Ausspruch in den Motiven ist daher jedenfalls mit der nöthigen Unterscheidung aufzufassen und anzuwenden.

[24]) Z. B. wenn in der öffentlichen Verhandlung der gegen den Begünstiger vorhandene Verdacht ganz oder theilweise zerstört würde, oder wenn der zweite Richter der Ueberzeugung wäre, daß das Hauptverbrechen gar nicht Statt fand. Oft kann auch eine vorhergegangene Zusage theilweise in Frage kommen, die Begünstigung somit als Beihilfe zum Verbrechen erscheinen. St.G.B. §. 135. Zif. 3. In diesem Falle käme die That dennoch vor das Schwurgericht.

[25]) Die Noten 21 und 22 oben sind zu vergleichen.

[26]) Dort sind auch die verschiedenen Theorien der deutschen Gesetzbücher über den Begriff der Theilnahme zusammengestellt. Das Strafgesetzbuch von Hannover rechnet den Urheber, Gehülfen und Begünstiger zu den Theilnehmern, das von Sachsen und Weimar faßt die Beihülfe und Begünstigung ebenfalls als Theilnahme auf, aber als ungleiche im Gegensatz der gleichen, während andere Strafgesetze einen ganz abweichenden Begriff der Theilnahme aufstellen.

in jenem weiteren, sehr gewöhnlichen Sinne zu verstehen sei; man muß daher nothwendig für diese letztere Annahme sich entschließen.

5) In §. 57 des nicht in das Leben getretenen Gesetzes über die Gerichtsverfassung war auch ausgesprochen, daß das Amtsgericht über die Begünstigung insoweit zu erkennen hat, als das Verbrechen, auf das sich die Begünstigung bezieht, selbst zu seiner Zuständigkeit gehört; dieser Ausspruch ist aber nur die Anwendung eines allgemeinen Grundsatzes, indem die Prüfung der Begünstigung die Prüfung des Hauptverbrechens selbst voraussetzt [27].

Uebrigens wird in Bezug auf die Stellung der Begünstiger vor das Schwurgericht auf einem andern Wege füglich einige Erleichterung erzielt werden können, nemlich dadurch, daß man bei der Frage, ob die der That nachgefolgte Handlung als wissentliche Vorschubleistung mit der ersteren in dem vom Gesetze immerhin unterstellten Zusammenhange steht, sowie, ob der Fall des St.G.B. §. 145 vorhanden ist, nicht von allzustrengen Grundsätzen ausgeht, sondern in Fällen zweifelhafterer Art eher die dem Angeschuldigten günstigeren Unterstellung annimmt, was gewiß dem Geist des Gesetzes nicht zuwiderläuft und der Billigkeit entspricht, welche besonders im schwurgerichtlichen Verfahren immer eine angemessene Berücksichtigung finden muß [28].

III. Ueber Augenscheinsprotokolle in schwurgerichtlichen Sachen.

Es muß anerkannt werden, daß seither in Bezug auf die Abfassung der Augenscheinsprotokolle, dieser im schwurgerichtlichen Verfahren so wichtigen Actenstücke, im unterrheinischen Kreise eine merkliche Besserung eingetreten ist. Die umfassende Belehrung in Betreff des neuen Strafverfahrens und der Schwurgerichte, welche das Hofgericht mit Gutheißen des großh. Justizministeriums zu Anfang des vorigen Jahres durch Plenarbeschluß an die Bezirksämter ergehen ließ (s. Jahrg. 20, S. 41—50 d. Bl.), hat im Verein mit sorgfältiger Ueberwachung wie in so manchen anderen Beziehungen auch in dieser Richtung die beabsichtigte heilsame Wirkung nicht verfehlt.

Insbesondere hat das häufige Vorkommen doppelter oder gar dreifacher Augenscheinsprotokolle aufgehört. Liegt auch der Grund dieser Erscheinung nicht gerade immer in der völlig befriedigenden Einrichtung der vorhandenen Protokolle, sondern wohl öfters auch darin, daß man gestützt auf längere, sichere Erfahrungen jetzt in einzelnen Punkten einen minder strengen Maßstab bei Prüfung der Vollständigkeit derselben anlegt, als in der ersten Zeit des noch jungen Gesetzes, so kommen doch jedenfalls wesentliche Gebrechen und Lücken nicht mehr so oft vor, wie früher.

In Betreff der Klarheit und Bündigkeit der Orts- und Maßbezeichnungen blieb noch öfter Manches zu wünschen übrig. Nebenumstände, die in rechtlicher Hinsicht ohne alle wesentliche Bedeutung sind, tragen nichts zur Verdeutlichung bei und erschweren die schnelle, sichere Auffassung der Hauptpunkte; dagegen sollten diese letzteren, jene Punkte, deren Vorhandensein wesentliche Merkmale des Thatbestandes, eine Erschwerung oder Milderung, bildet, mit um so größerer Sorgfalt und Umsicht in's Klare gesetzt werden. Hiezu tragen namentlich einfache, zweckdienliche Handrisse von der Hand des Untersuchungsrichters selbst unverkennbar viel bei, jedoch nur dann, wenn der Letztere die nicht so schwere Kunst versteht oder sich aneignet, mit Auffassung des Gegenstandes von der passendsten Seite [29]) in wenigen, deutlichen Zügen dasjenige, was rechtlich in Frage kommt (und hauptsächlich nur dieses), also z. B. bei dem Diebstahl mit Einsteigen, den Weg, den der Dieb außen und innen, hinauf und hinunter zurückzulegen hatte, mit den etwaigen Hindernissen oder Fördernissen, den in Frage

---

[27]) Wegen der „accessorischen Natur" des Vergehens vergl. oben Note 21.

[28]) Der Begriff der strafbaren Begünstigung wird öfters allzuweit ausgedehnt, wie Marezoll im Criminalrecht §. 50 S. 192 Note 4 hervorhebt.

Ganz vernünftig unterscheidet, wie mir scheint, das hannöverische Strafgesetzbuch in Bezug auf das Strafmaß den Fall, wenn die Begünstigung aus Gewinnsucht oder aus einem andern eigenen Interesse an der strafbaren That selbst verübt wird und den Fall, wo sie ohne solches Interesse und nur aus Theilnahme an der Person des Thäters begangen wird, sehr wesentlich. Es kann namentlich im letzten Fall sogar blos auf Verweis erkannt werden.

[29]) Zur Versinnlichung des Weges, den der einsteigende Dieb zu machen hatte, wird gewöhnlich am besten ein Durchschnitt des Gebäudes dienen, wobei der äußere und der innere Weg zugleich neben einander angedeutet werden können, freilich müssen dann die in Frage kommenden Oeffnungen, Fenster und dergl. besonders oder in einem Aufriß der betreffenden Seite des Gebäudes dargestellt werden; wo die innere Eintheilung des Gebäudes rechtlich von Belang erscheint, ist ein Grundriß desselben, beziehungsweise des betreffenden Stockwerkes, beizufügen.

kommenden Oeffnungen und Ausgängen, der etwaigen Umschließung des Hofraums u. s. w. dem Auge so darzustellen, daß es schnell und sicher das Nöthige daraus zu entnehmen vermag. Hiezu gehört u. A. auch, daß auf dem Handriß selbst eine deutliche, ausdrückliche Bezeichnung der einzelnen Punkte und Maaßverhältnisse nicht fehle, damit derselbe auch ohne jeweilige Vergleichung des bezüglichen Protokolls dienlich benützt werden kann.

Förmliche Illustrationen dagegen sind weder nothwendig noch sehr nützlich, noch auch in Strafgerichtsakten sonderlich am Platz; es wird hiebei gewöhnlich die Hauptsorgfalt auf Nebendinge gerichtet. So kam mir z. B. ein Fall vor, in welchem der Untersuchungsrichter 4 landschaftliche Studien zu den Akten gefertigt hatte, worin sich der in Frage stehende bäuerliche Landsitz von verschiedenen Seiten recht sauber und niedlich darstellte, das rechtlich Nöthige aber nur sehr unvollkommen ersehen werden konnte.

Daß es, zumal in Sachen die vor das Schwurgericht gelangen sollen, nicht passend ist, wenn der Untersuchungsrichter zu besserer Versinnlichung irgend eines Aktes in einer zu den Akten gebrachten Zeichnung sich selber abbilde, würde ich nicht in Erwähnung bringen, wenn nicht sicherem Vernehmen nach der Fall wirklich vorgekommen wäre, daß ein Untersuchungsrichter zu einem solchen Zwecke sich selbst zu den Akten abkonterfeit hätte und noch dazu in einer etwas seltsamen Stellung.

Wenn ferner in der oben angeführten hofgerichtlichen Belehrung (unter Z. 12) des Falles gedacht wurde, in welchem etwa der Thäter veranlaßt wird, vor den Augen des Richters das Einsteigen zu wiederholen, so versteht es sich doch wohl ganz von selbst und liegt ohne Zweifel auch im Sinne jener Belehrung, daß jene Maßregel, die öfters wohl ganz am Platz und vom guten Erfolg seyn kann, nur da in Anwendung komme, wo deren Ausführung ohne Gefahr für den Angeschuldigten und auch ohne unzulässigen Zwang gegen dessen Person Statt finden kann. Es war daher sehr gefehlt, daß in einem wirklich vorgekommenen Fall der Untersuchungsrichter den zitternden Thäter einen gefährlichen Weg in der Höhe von mehreren Stockwerken, wobei der Angeschuldigte leicht herabstürzen und sich schwer verletzen konnte, vor seinen Augen nochmals zurücklegen ließ, und nicht minder gefehlt war es, daß in einem andern jüngst vorgekommenen Fall ein anderer Untersuchungsrichter den Angeschuldigten, einen Knaben (in Gegenwart seiner mitangeschuldigten Mutter) ungeachtet seiner Weigerung nöthigte durch ein enges Kellerloch hindurchzuschlüpfen, um die zweifelhafte Möglichkeit des Hindurchkommens zu erproben, ja daß Ersterer sogar den Knaben, der ausweislich des Protokolls entsetzlich schrie, die Oeffnung sei ihm zu enge und sich fortwährend mit Händen und Füßen sträubte, durch den Polizeidiener förmlich durch die fragliche Oeffnung ziehen ließ. War es bei solcher Zwangsprobe zu verwundern, daß die Mutter in heftige Reden ausbrach und einen anderen Untersuchungsrichter verlangte?

Wenn in derartigen Fällen die Probe gefährlich erscheint, so muß sie ganz unterbleiben; wenn der Angeschuldigte aber sich nicht gutwillig dazu herbeiläßt, so muß sie durch eine andere hiezu aufzubietende Person von ähnlicher Leibesgestalt wie Jener vollzogen werden; bis zu unmittelbarem Zwang gegen die Person des Angeschuldigten darf die richterliche Gewalt in solchem Falle niemals vorschreiten. Dieß läßt sich aus verwandten Bestimmungen der St.P.O. wie aus §. 110 u. §. 200. 201 (betreffend den Fall der verweigerten Niederschreibung eines Aufsatzes zur Schriftvergleichung, und der Antwortsverweigerung oder Verstellung von Seiten des Angeschuldigten) entnehmen. Die Menschenwürde darf auch im Verbrecher nicht mißachtet werden, noch weniger aber im Angeschuldigten, der vorerst nur ein des Verbrechens Verdächtiger ist.

Eduard Brauer.

(Fortsetzung folgt.)

II.

Vermögenabsonderung.

1) Die Gläubiger können eine Vermögensabsonderung selbst dann anfechten, wenn sie auch nur zum Nachtheil ihrer Rechte erkannt worden ist.

2) Der Beweis einer solchen Benachtheiligung kann unter Umständen aus dem Inhalt der Absonderungsklage selbst entnommen werden.

Bingner gegen Kaufmann.

Durch ein amtliches Urtheil vom 18. September 1851 war die von der Kaufmann'schen Ehefrau nachgesuchte Vermögensabsonderung erkannt worden.

In der Folge focht einer der Gläubiger des Ehemannes dieses Urtheil an und erwirkte in allen 3 Instanzen die Wiederaufhebung desselben.

Oberhofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Wenn der Gesetzgeber es für nothwendig erachtete, der Ehefrau dann Schutz zu gewähren und ihr deßwegen zu gestatten, die Vermögensabsonderung zu begehren, falls ihr Heirathsgut in Gefahr ist, und die zerrüttete Vermögenslage des Mannes besorgen läßt, daß dessen Vermögen nicht zureichen werde, um sie mit ihren Forderungen und Ansprüchen zu befriedigen, so mußte er auf der andern Seite auch darauf bedacht sein, auch die Gläubiger zu schützen, indem die Ehefrau sehr leicht diese ihr eingeräumte Rechtswohlthat mißbrauchen könnte, um im Einverständnisse mit ihrem Manne die Gläubiger des Letzteren zu gefährden oder zu benachtheiligen.

Deßhalb wurde den Gläubigern durch L.R.S. 1447 das Recht eingeräumt, eine Vermögensabsonderung selbst dann anzufechten, wenn sie auch nur zum Nachtheil ihrer Rechte erkannt worden war.

Daß aber die von der jetzigen Beklagten nachgesuchte und erkannte Vermögensabsonderung zur Beeinträchtigung der Rechte der Gläubiger ihres Ehemannes nachgesucht worden war, dies ergibt sich schon aus dem Inhalt der von ihr zu diesem Zwecke bei dem Bezirksamte Ladenburg am 27. August 1851 übergebenen Klage. Denn in dieser Klage wurde von ihr selbst vorgetragen, daß ihr Ehemann nur noch ein unbedeutendes in Fahrnissen, einigen Waarenvorräthen und Allmendnutzungen bestehendes Vermögen besitze, daß dasselbe aber zur Tilgung der darauf ruhenden Schulden nicht zureiche, indem er seinen Kindern erster Ehe 492 fl. und dem Handelsmann Bingner — dem jetzigen Kläger — 682 fl. 23 kr. schulde und der letztere auch bereits auf das gesammte Vermögen ihres Ehemannes einen Arrest erwirkt habe, daß mithin ihr Einbringen gefährdet sei.

Der Vollzug des auf diese Klage zu Gunsten der damaligen Klägerin am 18 September 1851 ergangenen amtlichen Erkenntnisses würde daher die Folge haben, daß dieselbe, obgleich ihr in Ermanglung von Liegenschaften, auf welche sie ihr gesetzliches Pfandrecht geltend machen könnte, vor den übrigen Gläubigern kein Vorzug zusteht, das gesammte Vermögen ihres Mannes erhalten würde, die übrigen Gläubiger aber nichts erhalten könnten.

Dazu kommt aber noch, daß unter den von der jetzigen Beklagten mit der Vermögensabsonderungsklage gegen ihren Ehemann eingeklagten und von diesem als richtig anerkannten Forderungen der Ersatz für eine Liegenschaft im Betrage von 160 fl. begriffen ist, welche sie nach der am 9. November 1839 gefertigten Vermögensaufnahme in die Ehe eingebracht haben will, und während der Ehe von ihrem Manne veräußert worden sein soll; daß sie aber nach den vorgelegten, von ihrem Anwalt anerkannten Auszügen aus dem Schriesheimer Grundbuche diese Liegenschaft weder vor, noch nach Eingehung der Ehe besaß, daß sie mithin diese Liegenschaft auch nicht in die Ehe eingebracht haben kann ꝛc.

III.

1) **Es ist nicht nothwendig, daß der Ort der Errichtung eines eigenhändigen letzten Willens in der Aufschrift oder unmittelbar vor der Unterschrift desselben angegeben sei.**

Vrgl. Zachariä, französisches Civ.-R. 5. Auflage §. 668 vor und in Note 10. Bd. IV.

2) **Der Erfüllungseid des §. 410 der Pr.O. gilt für geleistet, wenn auch nur Einer der Streitgenossen, welche die zum Eide zugelassene Partei bilden, ihn schwört.**

S §. 571 Pr O. Vergl. Annalen 1853 (XIX.) No. 4. III. S. 31. 22.

3) **In dem Erbieten zur Leistung des Erfüllungseides muß nicht gerade die Behauptung enthalten sein, daß die Partei die Urkunde habe schreiben, beziehungsweise unterschreiben sehen.**

S. Jahrb. n. F. XIII. (1852/53) LII. S. 392.
Annalen 1854 (XXI.) No 11. III. S. 87. 88.

Das Urtheil des großh. Bezirksamts Tauberbischoffsheim vom 16. November 1853, J. S. Leuchtweis gegen Leuchtweis, wegen Erbtheilung, besagend:

es sei die Verlassenschaft des Paul Leuchtweis von Großrinderfeld gesetzlicher Ordnung nach und ohne Rücksicht auf die von dem Beklagten angeru-

fene letztwillige Verfügung vom 20. Juli 1851 zu vertheilen u. s. w.,

wurde durch Urtheil des großh. Hofgerichts des Unterrheinkreises vom 14. Oct. 1854, No. 11,861 (III. Civ.-Sen.) dahin abgeändert:

Die Beklagten oder Eine oder Einer derselben haben in einer von dem großh. Bezirksamte Tauberbischofsheim anzuberaumenden Tagfahrt folgenden Eid zu leisten:

Ich habe wahrgenommen [1]), daß Paul Leuchtweis von Großrinderfeld das vorliegende [2]) Testament vom 20. Juni 1851 geschrieben und unterschrieben hat.

Schwören die Beklagten oder Eine oder Einer derselben diesen Eid, so wird Kläger unter Verfällung in die Kosten beider Instanzen mit seiner Klage abgewiesen und erkannt:

die Verlassenschaft des Paul Leuchtweis von Großrinderfeld sei mit Ausschluß des Klägers nach Maaßgabe des Testaments vom 20. Juni 1851 zu theilen.

Verweigern aber die Beklagten jenen Eid, [3]) so wird erkannt, die Verlassenschaft des Paul Leuchtweis von Großrinderfeld sei gesetzlicher Ordnung nach zu vertheilen und die Beklagten seien mit ihrer Widerklage unter Verfällung in die Kosten beider Instanzen abzuweisen.

Entscheidungsgründe.

Franz Leuchtweis hat gegenüber seiner Schwester Kunigunde Leuchtweis und ihren beiden unehelichen Kindern Klage erhoben und darin den Antrag gestellt, den Nachlaß seines am 30. Juli 1853 in ledigem Stande zu Großrinderfeld gestorbenen Bruders Paul Leuchtweis gesetzlicher Ordnung nach zu vertheilen. Zu diesem Gesuche ist der Kläger nach L.R.S. 723. 731. 750 berechtigt.

Gegen dieses Gesuch haben sich aber die Beklagten auf ein eigenhändiges Testament des Erblassers vom 20. Juli 1851 berufen, worin die zwei unehelichen Kinder der Kunigunde Leuchtweis zu seinen Erben eingesetzt sind.

In diesem Testamente hat der Unterrichter ein nach L.R.S. 970 und Brauer Erläut. II. S. 397 c. wesentliches Merkmal, die Bezeichnung des Orts der Errichtung vermißt, und ihm deßhalb die Rechtswirkung versagt.

Allein das Gesetz schreibt nicht vor, daß die Bezeichnung des Orts in der Aufschrift stehen müsse; es genügt daher, daß sie im Eingange des vorliegenden Testaments mit den Worten enthalten ist:

„Auf heut' dato den 20 Juni 1851 habe ich Paul Leuchtweis ledig in (nicht von, wie bei der Unterschrift) Großrinderfeld ein Testament gemacht."

Vergl. L.R.S. 6k.

Die Beklagten haben auch die Aechtheit des Testaments widersprochen; die zur Begutachtung derselben vernommenen Schreibverständigen haben sich aber dafür ausgesprochen, daß dasselbe als von der Hand des Erblassers geschrieben, und unterschrieben zu achten sei. Die Beklagten sind sonach gemäß §. 410 der Pr.O. zum Erfüllungs-Eide zuzulassen, da sich der Fall für sie zum Wahrheitseide eignet, indem sie versichren, genaue Kenntniß davon zu haben, daß Paul Leuchtweis das bestrittene Testament eigenhändig geschrieben habe. Mit dem Wahrheitseide, den sie zu leisten haben, müssen sie ihre eigene Wahrnehmung nicht allein dieser Thatsache betheuern, sondern noch der nach L.R.S. 970 weiter wesentlichen, daß er dasselbe auch unterschrieben habe.

Die Beklagten haben mit ihrem selbstständigen Antrag am Schlusse des Einredevortrags eine Widerklage [4]) erhoben, welche durch Herstellung der Aechtheit des Testaments ihre Begründung erhält. Die Aechtheit wird schon durch eidliche Versicherung auch nur eines der Beklagten hergestellt, daß er sich von der Fertigung des Testaments [5]) durch den Erblasser überzeugt habe; diese Wahrnehmung eines der Streitgenossen gereicht auch den übrigen; die keine Gelegenheit dazu hatten, zum Vortheil.

Etf.

[1]) Es ist nicht nöthig, die Formel so zu fassen: „Es ist wahr, daß ich wahrgenommen habe."

[2]) Der Richter, welcher den Eid abnimmt, hat dem Schwörenden die Urkunde, um deren Aechtheit es sich handelt, vorher nochmals vorzuzeigen.

[3]) D. h. kann auch nicht Einer der Beklagten den Eid schwören.

[4]) Es genügt an dem, eine Widerklage voraussetzenden, Gesuch, wenn auch die Erklärung, daß eine Widerklage erhoben werde, unterblieben ist.

[5]) Des untheilbaren Streitgegenstands, über dessen Aechtheit die richterliche Ueberzeugung durch den Eid ergänzt werden soll.

IV.

§. 865 (zweiter Absatz) §. 873 Pr.O.

Ein Wittwer, welcher laut Uebereinkunft „die lebenslängliche Nutznießnng an einer den Erben seiner Ehefrau anerfallenen auf Unterpfand ausstehenden Forderung von 5200 fl. zu beziehen hat,“ meldete seinen Anspruch in der Gant ihres Schuldners, eines Grundherrn, an und verlangte, daß die Gantmasse ihm bis zu seinem Tode jährlich die Rente aus jenem Capital mit 208 fl. bezahle.

Dieser Anspruch wurde anerkannt, in dem Ganturtheil aber ausgesprochen, daß dem Liquidanten ein Capital, welches jährlich 208 fl. Zinsen abwerfe, zur lebenslänglichen Nutznießung gegen Sicherheitsleistung zuzuweisen sei.

Hiergegen appellirte die Gantmasse, weil nur eine jährliche Nutznießungs r e n t e hätte zuerkannt werden dürfen.

Das Ganturtheil wurde dann auch (durch Urtheil des großh. Hofgerichts des Unterrheinkreises vom 5. Oktober 1854, No. 11,301. I. Sen.) dahin abgeändert, daß der Liquidant eine lebenslängliche Rente von 208 fl. zu beziehen habe.

Der Gerichtshof hielt die Gantmasse schon deßhalb für beschwert, weil dem Liquidanten in dem Ganturtheil etwas zuerkannt worden sei, um was derselbe gar nicht gebeten habe, umging daher die Entscheidung der Frage, ob der §. 865 der Pr.O. überhaupt auf den vorliegenden Fall anwendbar gewesen sein würde, hielt sich aber auch nicht für befugt, dem Liquidanten eine nach §. 873 der Pr.O. zu berechnende Summe zuzuscheiden, weil er in dieser Weise nicht liquidirt hatte, weil sein Anspruch auf lebenslängliche Zahlung der jährlichen Rente von 208 fl. anerkannt worden war.

In dem zweiten Absatz des §. 865 der Pr.O. ist zwar bestimmt:

„Der Anspruch eines Nutznießers ist — wie eine Forderung unter auflösender Bedingung zu behandeln.“

Der Gläubiger kann zufolge des ersten Absatzes desselben §. das Capital gegen Sicherheitsleistung für den Fall des Eintretens des Endziels der Nutznießung, die Ausfolgung oder vielmehr I n n b e h a l t u n g des Gegenstandes seiner Nutznießung verlangen. Dieser §. setzt jedoch voraus, daß der Gläubiger ein Recht auf I n n e h a b u n g des Gegenstandes der Nutznießung habe; ein Recht, welches nach L.R.S. 578. (vergl. L.R.S. 600. 605) in dem der Nutznießung inbegriffen zu sein pflegt.

Ein solches Nutznießungsrecht ist ein dingliches, gegen Jeden verfolgbares, persönliches *) das Eigenthum eines Andern an einer Sache oder einem Rechte (L.R.S. 581. 5. 29 **) beschränkendes Recht a n der Sache oder dem Rechte, welches nicht gegen den Willen des Berechtigten durch eine Geldzahlung beseitigt werden kann.

Bekk, Commissionsbericht zu §. 909. 1. Beilagenheft zum Archiv S. 129.

Wenn aber, wie hier, statt der Nutznießung der Bezug des Ertrags einer Früchte abwerfenden Sache, die der Nutznieser nicht besitzt, bewilligt ist,

Vergl. L.R.S. 745 a und den dritten Absatz des L.R.S. 618.

Zachariä, fr. Civ.Recht §. 227 vor und nach Note 1.

so kann er auch den Ausspruch auf Ausfolgung des Nutznießungsgegenstands nicht erheben, sondern nur verlangen, daß er für seine jährliche Rente nach Maßgabe des §. 873 der Pr.O. befriedigt werde.

Die Unterpfänder, auf welche die Forderung eingetragen ist, kamen nämlich als Stammgutsbestandtheile nicht zur Veräußerung, sondern nur ihr Ertrag fließt in die Gantmasse.

Die Eigenthümer der Forderung, die Erben der Ehefrau des Liquidanten, haben die Forderung nicht aufgekündet und die Liquidation hatte nur den Zweck, den Wittwer der früheren Gläubigerin den Gantgläubigern gegenüber in Bezug der Rente aus dem in die Gantmasse fließenden Ertrag der Unterpfänder zu erhalten. Er bezieht diese Rente, d. h. die Zinsen der Forderung an der Stelle der Eigenthümer der Forderung. Für s e i n persönliches Bezugsrecht hat er kein Vorrecht gegen Dritte erworben oder anzusprechen, wohl kommt ihm aber das Vorrecht zu, welches durch L.R.S. 2151 dem Eigenthümer der Forderung eingeräumt ist.

Dieses Vorrecht besteht aber nur für zur Zeit des Gantausbruchs bereits verfallene oder laufende, nicht aber für Zinsen, welche erst später zu laufen anfangen und verfallen werden. Der Anspruch des Liquidanten auf künftige Zinsbezüge hat daher auf ein Vorrecht keinen Anspruch; sonst hätten die §§. 869. 870 der Pr.O. zur Anwendung kommen müssen.

*) Zachariä fr. Civ.Recht Bd. I. §. 177 am Ende. 5. Aufl. S. 425. Vergl. L.R.S. 578 mit 621.

**) Zachariä fr. Civ.Recht §. 171. Bd. I. 5. Aufl. S. 411.

Da in dem vorliegenden Falle nach Süßmilch's Tafel der Lebenswahrscheinlichkeit für den hochbetagten Liquidanten nur noch wenige Lebensjahre angenommen werden könnten, so ist es wahrscheinlich, daß er in Folge der durch die Sachlage gebotenen Zuerkennung der ungeschmälerten jährlich verfallenden Rente mehr erhält, als wenn seine Rentenforderung nach Maßgabe des §. 873 der Pr.O. kapitalisirt worden wäre.

Etf.

V.

Zum §. 14 des I. Constitutionsedikts.

Zur Begründung der in No. 38 dieses Jahrgangs der Annalen verfochtenen Ansicht kann man sich auch auf §. 6 der Vollzugsverordnung vom 30. Januar 1830 (Reg.-Bl. No. 3) berufen, welcher besagt: „Ebenso wie die weltlichen Mitglieder der katholischen Kirche, stehen auch die Geistlichen als Staatsgenossen unter den Gesetzen und der Gerichtsbarkeit des Staats." In dem §. 39 dieser Verordnung heißt es aber weiter „indem durch diese, auf die Rechte des Staats und die Verfassung der katholischen Kirche gegründete Einrichtung ꝛc." Der §. 6 enthält keine Ergänzung, Erläuterung oder Abänderung der Verfassungsurkunde, noch ein die Freiheit der Personen oder das Eigenthum der Staatsangehörigen betreffendes allgemeines Landgesetz (§. 64. 65 Verf.Urkunde), sondern nur eine Anwendung der §§. 7. 13 und 14 der Verf.Urkunde, indem er in gleicher Weise wie die Verordnung vom 30. Januar 1819 die Rechtsverhältnisse der weltlichen Civilstaatsdiener zum Vollzug der in §. 24 der Verf.Urkunde enthaltenen Zusicherung festsetzt, die Rechtsverhältnisse der kirchlichen Diener zum Gegenstand hat und er liegt daher innerhalb der durch §. 66 der Verfassungsurkunde vorgezeichneten Gränzen. Jedenfalls haben die Kammern von der ihnen im §. 67 der Verf.Urkunde eingeräumten Befugniß bis dahin noch keinen Gebrauch gemacht. —

F. Mays.*)

*) Großh. Hofgerichtsassessor in Mannheim.

VI.

Zu §. 1128. Ziff. 2 Pr.O.

Gegen das Zwischenerkenntniß, worin die Einrede des Mangels der obervormundschaftlichen Ermächtigung des klägerischen Vormunds (die prozeßhindernde Einrede der fühlenden Activlegitimation) verworfen wird, findet als gegen die Verwerfung einer vom Mangel wesentlicher Voraussetzungen der Rechtsbeständigkeit des Verfahrens hergenommenen Einrede, nach Ziffer 2 des §. 1128 der Pr.O. die Appellation sogleich und sogar unabhängig vom Dasein der Appellationssumme statt.

Wenn in zweiter Instanz die in der ersten verworfene Einrede für begründet erachtet wird, so ist jenes Zwischenerkenntniß dahin abzuändern,

> daß die vorgeschützte prozeßhindernde Einrede für begründet zu erklären, das untergerichtliche Verfahren daher bis zur Beibringung der obervormundschaftlichen Ermächtigung des Vormunds zur Klagerhebung einzustellen sei.

Die Kosten der Berufung hat in diesem Falle nach den §§. 167. 168 der Pr.O. der klagende Theil zu tragen.

Etf.

VII.

1) Um das gesetzliche Unterpfandsrecht der Ehefrau (L.R.S. 2121 und 2135) auf die Errungenschaftsliegenschaften geltend zu machen, muß man die Entsagung auf die Gütergemeinschaft behaupten.
2) Ergibt sich aus der Klage selbst, daß sich die Ehefrau der Gemeinschaft theilhaftig gemacht hat, so ist ihr Anspruch abzuweisen.

(Oberhofgerichtliches Urtheil vom 17. Oktbr. 1854 J. S. Kenzingen gegen Kaiser.

Berichtigung.

Im vorigen Jahrgang der Annalen No. 1 ist

S. 6. Sp. 1. Z. 18 von oben „unverfänglich" statt „unverträglich",

S. 6. Sp. 2. Z. 15 von unten „beeidigen" statt „beeidigt werden",

S. 7. Sp. 1. Z. 10 von oben gegenüber „dem" statt „des" zu lesen.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXI. No. 46. Mannheim, 11. November 1854.

I.

Ausbeute von Erfahrungen im Schwurgerichtssaal.

(Fortsetzung.)

IV. Ueber die Fassung der an die Geschworenen zu stellenden Fragen.

Daß die Uebung der verschiedenen Schwurgerichtshöfe des badischen Landes in Bezug auf die Form der den Geschworenen vorgelegten Fragen durch Veröffentlichung näher bekannt werde, war schon lange ein von vielen Seiten geäußerter Wunsch.

Bei dem Mangel näherer gesetzlicher Bestimmungen über die Art und Weise der Abfassung der Fragen auf der einen Seite, und auf der andern Seite bei der schon oben erwähnten Eigenthümlichkeit unseres Strafgesetzbuches [30]), wonach die Fassung der Fragen manchmal auf besondere Schwierigkeiten stoßen mußte, erschien dieser Wunsch, auch abgesehen von der hohen Wichtigkeit einer richtigen und zweckmäßigen Fragestellung überhaupt, gewiß als ein sehr begründeter.

Zu dessen Erfüllung ist nun seither von mehreren Seiten, in diesen und anderen Blättern, mancher Beitrag geleistet worden; besonders findet sich im Magazin für Rechtspflege .., Bd. 1, Heft, S. 300 bis 324 eine ausführliche Mittheilung (von Stempf) über die bei dem unterrheinischen Schwurgerichte angewendete Form der Fragen. Der Verfasser jener Mittheilung, hat dort nach der Reihenfolge der Titel des St.G.B. die Fassung der Fragen, wie sie bei den gewöhnlicheren Verbrechen gebraucht zu werden pflegte, auf den Grund seiner eigenen Mitwirkung bei dem Schwurgericht, sowie auch nach Vergleichung anderer schwurgerichtlichen Akten zusammengestellt. Eine ähnliche Zusammenstellung in Bezug auf die Uebung anderer Schwurgerichte würde der Vergleichung wegen von unverkennbarem Nutzen sein; möchte daher jener Vorgang recht bald gleichartige Mittheilungen aus anderen Schwurgerichtsbezirken zur Folge haben [31]).

In unserer früheren Mittheilung wurden vorzüglich die Hauptgrundsätze, die bei der Stellung der Fragen zur Geltung kamen, hervorgehoben. Als Ausbeute weiterer Erfahrungen wird nun Folgendes hinzugefügt:

1) In Bezug auf die **Hauptschuldfrage** wurde fortwährend die Form: „Ist der Angeklagte .. schuldig," (niemals die Form: Ist der Angeklagte über-

---

[30]) Vrgl. oben Note 21.

[31]) Einzelne Mittheilungen über Fragestellung bei den verschiedenen Schwurgerichten finden sich bereits:

1) Aus dem Seekreis:
   Annalen Jahrg. 19. S. 27 (Raub, Diebstahlsversuch.)
   Desgl. Jahrg. 20. S. 265 (Fälschung, Betrug gegen Gläubiger.)
   Desgl. Jahrg. 21. S. 180 (Mord, Todtschlag.)
2) Aus dem Oberrheinkreis:
   Oberhofg. Jahrbücher Jahrg. 13 der neuen Folge S. 421 (Mord, Todtschlag, Kindsmord, hilflose Niederkunft, Unzucht mit Kindern.)
3) Aus dem Mittelrheinkreis.
   Annalen Jahrg. 21. S. 161 (Brandstiftung), desgl. S. 242 (Mord, Mordversuch) und S. 332. 334 (Mord, Kindsmord, fahrläßige, durch vorsätzliche Mißhandlung verursachte Tödtung.)
   Hiezu:
4) Aus dem Unterrheinkreis:
   Annalen Jahrg. 18. S. 234 (Raub.)
   Desgl. Jahrg. 19. S. 366 (Tödtung durch Vergiftung.)
   Desgl. Jahrg. 21. S. 177 (Brandstiftung) und S. 329 (falsch Zeugniß im Strafverfahren.)
   Magazin für Rechtspflege a. a. O. (Fortsetzung wird folgen.)

wiesen" oder „hat der Angeklagte .. begangen") bei dem unterrheinischen Schwurgericht gebraucht.

Soweit sich aus den in Anmerkung 31 aufgeführten Mittheilungen entnehmen läßt, scheint hiemit auch die Uebung der anderen Schwurgerichte überein zu stimmen und es dürfte sich diese Uebung als eine gute bewähren [32].

Ferner wurde die erste Frage, beziehungsweise die erste der jeden Angeklagten betreffenden Fragen, in der Regel so eingerichtet, daß durch deren Bejahung die Schuld des Angeklagten, wenn auch nicht immer in ihrer vollen Ausdehnung, doch wenigstens in Bezug auf die fragliche Gattung des Verbrechens oder die fragliche Classe der Gattung, schon festgestellt erschien, also z. B. die Verübung des Diebstahls durch den Angeklagten, vorerst abgesehen von der Gefährlichkeit; desgl. die wissentliche, heimliche Beibringung von Gift durch den Angeklagten mit dem unbestimmten Vorsatz .. zu tödten oder an der Gesundheit zu beschädigen, abgesehen von der eingetretenen Beschädigung (St.G.B. §. 243); ferner die Verübung der Münzfälschung durch den Angeklagten, abgesehen von der erfolgten Ausgabe falschen Geldes (St.G.B. §. 510), auch das Vorhandensein der Begünstigung, abgesehen von der Gewerbsmäßigkeit derselben und ff.

Die Voranstellung einer Frage, die blos den objectiven Thatbestand betrifft, fand der Schwurgerichtshof niemals für angemessen. Jüngst wurde solche unter Berufung auf die Uebung eines anderen Schwurgerichts [33]) als zweckmäßig in Anregung gebracht, es fand jedoch die angeregte Neuerung keinen Anklang, und, wie mir scheint, mit Recht. Die Geschworenen sind berufen, über die Schuld des Angeklagten ihren Wahrspruch abzugeben, mithin allerdings auch, und zwar zunächst, über die dessen Schuld begründenden Thatsachen, aber immer nur insofern, als diese Thatsachen sich auf die Schuld des Angeklagten beziehen; es erscheint demgemäß als keine gute logische Ordnung, wenn eine Frage vorangesetzt wird, die nicht zugleich mit der Schuld des bestimmten Angeklagten unmittelbar in Beziehung gebracht wird. Wenn bei solcher Fragestellung etwa die Geschworenen die erste Frage (die Thatbestandsfrage) bejahen, die anderen Fragen dagegen verneinen würden, käme das Unpassende dieser Fragenweise zu klarer Anschauung, indem dann die Bejahung der ersten Frage, die der Ordnung nach doch eine Hauptfrage sein soll, sich als etwas rein Ueberflüssiges und Wirkungsloses darstellen würde. [34])

Aus ähnlichen Rücksichten wird auch die in den oberhofgerichtlichen Jahrbüchern n. F. Bd. 13 S. 423 (von Lacoste) vorgeschlagene Frageweise bei der Tödtung, insoweit hiebei die erste Frage blos auf die Zufügung der Beschädigung, welche die wirkende Ursache des Todes geworden ist, ohne Bezugnahme auf den Vorsatz des Thäters gerichtet, dagegen der Vorsatz (der bestimmte oder unbestimmte) sowie die etwaige Fahrlässigkeit erst in die folgenden Fragen aufgenommen wer-

[32]) Vrgl. Magazin für Rechtspflege a. a. O. S. 302 und preußisches Gesetz vom 3. Mai 1852. Art. 81; auch Beff's Anmerkungen zum Gesetz über die Einführung des neuen Strafgesetzbuchs u. s. w. zu §. 96. S. 77.

Wenn v. Jagemann im Criminallexicon S. 310 („Fragestellung") ausführt, es gelte im Effect eigentlich gleich, ob die eine oder andere Frageformel gebraucht werde, weil ja die Geschworenen es doch stets in ihrer Macht haben, neben der Erledigung der einfachen Thatfrage auch die Schuldfrage mit zu beantworten, indem sie keine Gründe zu ihren Wahrsprüchen anzugeben haben und daher auch von einem Angeklagten, dessen Thatverübung ihnen klar vorliegt, immerhin sagen können, daß er das fragliche Verbrechen, d. h. eine strafwürdige Handlung, nicht begangen habe, so scheint diese Ausführung nur geeignet, die Richtigkeit der Formel: „Ist der Angeklagte schuldig" in um so klareres Licht zu stellen. Was den Geschworenen nach der Natur des Geschworenengerichts überlassen werden muß und gar nicht entzogen werden kann, das soll ihnen auch auf geradem Wege und ausdrücklich überlassen werden.

Vrgl. De Lolme, the constitution of England, edit. 4, B. I. chap. 13. not. 7. 8.

[33]) In wie weit eine solche Uebung anderwärts besteht, ist mir nicht näher bekannt. Im Criminallexikon a. a. O. S. 310 scheint v. Jagemann bei Darstellung der Hauptfragen eine solche Trennung der Thatbestandsfragen und Thäterschaftsfragen im Auge zu haben, doch wird sein Fragesystem in dieser Hinsicht nicht zu empfehlen sein.

[34]) Um den richtigen Standpunkt zu gewinnen, mag man sich vergegenwärtigen, daß die natürliche Art der Fragestellung an die Geschworenen eigentlich die Stellung einer einzigen, auf die Schuld des Angeklagten nach Maßgabe der Anklage gerichteten Gesammtfrage ist, wie sich aus dem englischen und selbst aus dem französischen Verfahren entnehmen läßt, daß daher die Zertrennung der Schuldfrage in eine Reihe einzelner Fragen (eine nothwendige Folge der bei uns angenommenen ausführlichen Frageweise) immerhin so einzurichten sein wird, daß jenes ursprüngliche und natürliche System doch nicht gänzlich aus den Augen gelassen wird, die Abweichung von demselben daher auf das nothwendige Maß beschränkt bleibt. „Schuldig oder Nichtschuldig" war und ist die Grundfrage. Vrgl. Code d'instruction criminelle art. 337 und hiemit Art. 20 des belgischen Gesetzes vom 15. Mai 1838.

den soll, nicht zu empfehlen sein. Ohne Vorsatz oder mindestens fahrlässige Verschuldung gibt es kein Verbrechen und keine Strafe; zudem könnte die erste auf die Zufügung der Beschädigung beschränkte Frage die Geschworenen leicht irre führen, indem sie leicht dazu kommen könnten (wegen der Fassung: „ist der Angeklagte schuldig — zugefügt zu haben"), den Vorsatz als naturgemäß schon in der ersten Frage mittelbar enthalten anzusehen, ebenso wie auch die Zurechnungsfähigkeit ohne besondere Hervorhebung als in der Schuldfrage enthalten betrachtet wird.

In Betreff der Zurechnungsfähigkeit wurde bei dem unterrheinischen Schwurgericht eine besondere Frage immer nur in dem Ausnahmsfalle gestellt, wenn die Zurechnungsfähigkeit besonders beanstandet oder zu beanstanden war, indem ja die Frage, ob der Angeklagte schuldig ist, diese oder jene Handlung vorsätzlich, beziehungsweise in der in Frage kommenden Absicht, verübt zu haben, zugleich schon die ganze Zurechnungsfrage in sich schließt, somit eine besondere Frage wegen der Zurechnungsfähigkeit in gewöhnlichen Fällen unnötbig ist und nur zu Irrungen führen könnte [35].

2) In Bezug auf solche **Nebenfragen**, die nach ihrer besonderen Beschaffenheit nur einfach auf das Vorhandenseyn gewisser Thatumstände gerichtet sein konnten, behielt der Schwurgerichtshof die Uebung, dergleichen Fragen jeweils unmittelbar auf die betreffenden Thatumstände zu stellen, seither fortwährend bei [36], er gebrauchte demgemäß in solchen Fällen nicht die Einleitung „ist es erwiesen" oder „ist anzunehmen". Inwiefern die Form „ist erwiesen", welche auch bei anderen Schwurgerichten nicht mehr in Gebrauch zu sein scheint [37], sich nicht empfiehlt, habe ich unter Anführung eines erfahrungsmäßigen Beispiels schon früher dargelegt. Die Form „ist anzunehmen," welche neuerdings in den oberhofgerichtlichen Jahrbüchern im angeführten Aufsatz S. 428 gelegentlich vorgeschlagen wurde, ist wohl auch nicht zu empfehlen, denn jener unbestimmte Ausdruck scheint an sich nicht besonders angemessen, jedenfalls wird durch die zuerst erwähnte einfache Frageweise das nämliche Ziel kürzer und sicherer erreicht.

Anders verhält sich die Sache, wo eine besondere Bestimmung des St.G.B. [38]) eine bestimmte Einleitungsform der Frage nöthig macht, wie z. B. im Falle des §. 381 Z. 1. In diesem Falle wurde die Frage stets so gefaßt: „Ergibt es sich aus den Umständen (des vorliegenden Falles) als glaubhaft, daß der Angeklagte sich des in Fragen bezeichneten Werkzeuges — — nicht habe bedienen wollen?"

3) Auf **thunlichste Vereinfachung der Fragen** wurde schon früher bei dem mehrerwähnten Schwurgericht Bedacht genommen. Das oben besprochene sechswöchentliche Schwurgericht zu Mosbach [39]) gab indessen hiezu besonderen Anlaß und Spielraum, da bei der großen Zahl der Angeklagten und der einzelnen Verbrechen öfters eine größere Reihe von Fragen erforderlich, das Bedürfniß der Abkürzung derselben daher um so fühlbarer werden mußte, auf der anderen Seite aber auch durch die stets wiederkehrende Gleichartigkeit der Verbrechen und die längere Einübung der Geschworenen eine angemessene Abkürzung um so leichter ausgeführt werden konnte [40]).

Nach der besonderen Beschaffenheit der zur Verhandlung kommenden Fälle, mit Rücksicht auf die fast überall vorhandenen umfassenden Geständnisse von Hauptangeklagten ließ sich dort in der Fragestellung wohl manche Abkürzung erzielen, die als Regel für gewöhnliche Fälle schlecht am Platze wäre, wohl aber als eine durch die Umstände gerechtfertigte Abweichung von der Regel Billigung verdient.

Die Grundregel, daß die Hauptfragen für jeden einzelnen Angeklagten, wie groß auch ihre Zahl sei, gesondert zu stellen sind, wurde gleichwohl niemals bei

[35]) Dieser Grundsatz, welcher in der Natur der Sache seine Rechtfertigung findet, darf als ein allgemein anerkannter bezeichnet werden. Vrgl. Criminallexicon S. 310, Ant. Mayer's Strafverfahren §. 77. Das preußische Gesetz vom Jahr 1852 Art. 81 spricht denselben ausdrücklich aus.

[36]) Vrgl. Magazin für Rechtspflege a. a. O. S. 302.

[37]) Soweit sich aus den in Note 31 aufgezählten einzelnen Mittheilungen ersehen läßt.

[38]) Solche Bestimmungen würden übrigens, wenn das Strafgesetzbuch auf Geschworene, anstatt auf ein künstliches Beweissystem, berechnet gewesen wäre, wahrscheinlich anders gefaßt worden sein.

[39]) Vrgl. oben Abtheilung I. S. 317—318.

[40]) Es ist schon früher bemerkt worden, daß einer der 30 verschiedenen Anklagefälle 25 einzelne, in einer Bande verübte Entwendungen umfaßte; die letzteren sonderten sich aber nach dem Orte der verübten That wieder in 9 Hauptgruppen. Es waren 12 Personen angeklagt und die Zahl der (mit thunlichster Abkürzung) gestellten Fragen belief sich auf 81, welche in 10 Abtheilungen geordnet waren.

Auch in mehreren anderen Sachen kam eine größere Zahl von Angeklagten und eine Mehrheit von Verbrechen zur Aburtheilung.

Seite gesetzt, die Nothwendigkeit dieses Verfahrens im Interesse der Gerechtigkeit ergibt sich von selbst [41]). Auch in Bezug auf Nebenfragen wurde der nämliche Grundsatz als Regel thunlichst festgehalten. Dagegen wurden öfters mehrere Entwendungen in einer Frage zusammengefaßt [42]), jedoch stets so, daß die einzelnen Fälle doch wieder durch besondere Buchstaben oder Ziffern (Unterabtheilungen der Frage) ausgezeichnet wurden; auch wurde bei der Abfassung darauf Bedacht genommen, daß hinsichtlich der Eingangs- oder Schlußsätze, welche auf alle Unterabtheilungen zugleich zu beziehen waren, die Geschworenen nicht etwa zu unrichtiger Auffassung Anlaß finden mochten.

Einige Male, in Fällen der oben bezeichneten Art, wo dieß bei der Klarheit der Sache gewagt werden konnte, wurde sogar die Gefährlichkeit des Einsteigens oder Einbrechens zugleich in die so zusammengefaßte Frage mit aufgenommen, namentlich, wenn es sich blos um die Mitwirkung einzelner Angeklagten vor, bei oder nach der That in Folge vorausgegangener Verabredung handelte, es geschah diese Einverleibung der Gefährlichkeitsfrage in die Hauptschuldfrage, dann mittels eines eingeschalteten Zwischensatzes (z. B. „welche That durch gewaltsames Einbrechen in ein bewohntes Gebäude vollführt wurde") und die Geschworenen wurden dann wohl noch durch mündliche Belehrung des Vorsitzenden darauf besonders aufmerksam gemacht, wie sie geeigneten Falls ihrer Antwort die nöthige Beschränkung beizufügen hätten.

Ferner wurde in ähnlichen Fällen, besonders in den letzten Wochen des Mosbacher Schwurgerichtes mehrmals die Diebstahlsfrage ohne Umschreibung des Begriffes einfach auf „Entwendung" gestellt, da der mehrere Wochen hindurch fast täglich vor den Geschworenen erörterte, an sich allgemein bekannte Begriff der Entwendung sicher jedem Geschworenen sehr klar vor Augen schweben mußte.

Auch auf späteren Schwurgerichten kam die so abgekürzte Form der Diebstahlsfrage das eine oder andere Mal in geeigneten Fällen zur Anwendung, aber doch nur ausnahmsweise, als Regel wurde die umschreibende Fassung festgehalten. So oft in irgend einer Richtung des Thatbestandes ein Zweifel Raum finden mag, z. B. hinsichtlich der Besitzergreifung oder der Absicht des unrechtmäßigen Gewinnes oder der Zueignung [43]), so oft der Vorgang der Ausführung der That selbst in Bezug auf die einzelnen Umstände durch die Verhandlung nicht näher aufgeklärt erscheint, ist diese ausführlichere Fassung immer vorzuziehen.

Schwierig und verwickelt wird manchmal die Fragestellung bei der behaupteten verbrecherischen Verbindung mehrerer Angeklagten, zumal, wenn die besondere Mitwirkung der Einzelnen mehr im Unklaren liegt.

In der oben erwähnten Abhandlung im Magazin für Rechtspflege .. S. 322 — 324 sind die hiebei vorkommenden Hauptarten der Fragenfassung, wie sie bei dem unterrheinischen Schwurgericht sich gestalteten, zusammengestellt, weßhalb ich mich darauf beschränke, auf erstere zu verweisen und nur Folgendes bemerke:

Es kann hiebei leicht der Fall vorkommen, daß es ungewiß ist, welcher von den mehreren Angeklagten es war, der in gefährlicher Weise einbrach oder eine Waffe mit sich führte; in einem solchen Fall [44]), wo überdieß einer der Angeklagten ein Abwesender [45])

---

[41]) Vergl. hierüber v. Jagemann im Criminallexicon S. 311 lit. f. Ant. Mayer's Strafverfahren S. 170.

[42]) Anton Mayer a. a. O. (s. die vorige Note) beschränkt die Zuläßigkeit der Zusammenfassung mehrerer Verbrechen in einer Frage auf den Fall, wenn die Handlungen zusammen ein fortgesetztes Verbrechen bilden. Man kann dieses als Regel für gewöhnliche Fälle gelten lassen; eine Abweichung von der Regel in Fällen besonderer Art ist aber durch das Gesetz nicht ausgeschlossen und, in der angedeuteten Weise ausgeführt, wohl sehr zweckmäßig.

[43]) Die Geschworenen könnten sich z. B. leicht ein furtum usus im Sinne des römischen Rechtes als vorhanden vorstellen und dieses für eine Entwendung nehmen.

[44]) In A.S. gegen Maier, Bauer, Selteneich und Genossen wegen gefährlichen Diebstahls bei Handelsmann Belesta, 1853. II.

[45]) Nach §. 135 des Einf.Gesetzes entscheidet in schwurgerichtlichen Fällen gegen **Abwesende**, sofern sie sich nicht stellen, der Schwurgerichtshof ohne Beizug von Geschworenen, in gleicher Weise wie das Hofgericht auf den Grund der in den Acten vorliegenden Beweise. Andere deutsche Gesetzgebungen, wie z. B. Würtemberg und Hessen-Kassel nach dem Vorbild von Frankreich, nehmen hiebei ein Zugeständniß der Anklagethatsachen an, während wieder andere Gesetzgebungen, wie z. B. Weimar und Braunschweig die Schlußverhandlung in gewöhnlicher Weise vor sich gehen lassen. Das badische System scheint mir im Ganzen wohl einen guten Mittelweg zwischen zu großer Härte und zu großer Nachsicht eingeschlagen zu haben. Wenn nur Abwesende angeklagt sind, erscheint es namentlich ganz zweckmäßig; wenn abwesende und anwesende Angeklagte zusammen betheiligt sind, tritt jedoch ein gewisser Mißstand alsdann hervor, wenn durch die Ver-

war und möglicher Weise gerade derjenige sein konnte, welcher einbrach oder die Waffe mit sich führte, wurde, was die bezeichneten Gefährlichkeitsgründe betrifft, die Frage so gefaßt:

„Sind die Urheber der in Frage 1. 2. 4. 6. 8. bezeichneten Entwendungen oder Einer oder Mehrere derselben schuldig" u. s. w.

Sehr zu empfehlen ist die Abkürzung einzelner Fragen mittelst der Beseitigung solcher etwaigen Beisätze, die nach dem Gesetz nicht nothwendig erscheinen und statt die bezweckte Deutlichkeit wesentlich zu befördern, eher zu unrichtiger Auffassung führen können, jedenfalls aber sich als überflüssig zeigen. Man darf und soll dem gesunden Verstand der Geschworenen, auf den ja die Schwurgerichtsanstalt überhaupt sich stützt, auch das Seinige überlassen, ein allzuängstliches Bestreben nach gründlicher Verdeutlichung führt, die Erfahrung lehrt es, gar leicht zum entgegengesetzten Ergebniß.

Eine Verbesserung in dieser Richtung kam im Laufe des Mosbacher Schwurgerichts in Betreff der Begünstigungsfrage zum Durchbruch. Die Begünstigungsfrage bei dem gefährlichen Diebstahl war nämlich bisher gewöhnlich so gefaßt worden:

„Ist der Angeklagte — schuldig, die durch die in Frage — bezeichnete That gewonnenen Sachen (beziehungsweise von den — — Sachen) mit dem Bewußtsein

a) der Art ihres Erwerbes und

b) der Art der Ausführung der That

in Verwahrung genommen, verheimlicht oder an sich gebracht zu haben? u. s. w.

Statt der obigen, durch die Schrift ausgezeichneten Umschreibung (a und b) wurde nur einfach der im Gesetz selbst gebrauchte Ausdruck „wissentlich" in Anwendung gebracht, was nicht blos dem Wortlaut, sondern gewiß auch dem Sinne des Gesetzes mehr entspricht, da eine soweit reichende Mitwissenschaft keineswegs zu den Voraussetzungen der Begünstigung gehört, vielmehr der Grad des Mitwissens nur bei der Strafausmessung näher in Betracht kommt. Diese kürzere Form wurde seither beibehalten.

Ferner wurde der früher theilweise zur Geltung gekommene Brauch, daß bei der Diebstahlsfrage (nach dem Wortlaut des St.G.B. §. 376) zu der Bestimmung „sich einen unrechtmäßigen Gewinn zu verschaffen" regelmäßig der Beisatz „oder einem Dritten" („Anderen") hinzugefügt wurde, seit längerer Zeit aufgegeben. Nur da, wo etwa ein besonderer Anhaltspunkt hiefür in der Sache selbst zu finden ist, scheint jener nur auf minder gewöhnliche Fälle berechnete Beisatz am Platze, in solchem Falle wird derselbe auch jetzt noch angewendet.

Bisweilen führte indessen auch die Erfahrung den entgegengesetzten Weg, insofern sich eine frühere einfachere Fragestellung als unzureichend zeigte. Dieser Fall trat in Betreff der Fragestellung wegen fahrlässiger, durch vorsätzliche Körperverletzung verursachter Tödtung ein. St.G.B. §. 212. 213.

Die 3 dort vorgesehenen Fälle sind:

1) wenn der Tod als sehr warscheinliche Folge der Handlung vorhergesehen werden konnte;

2) wenn der Tod nur als sehr unwahrscheinliche Folge derselben betrachtet werden konnte;

3) die anderen, in der Mitte liegenden Fälle.

Da bei dem Wegfallen der beiden ersten Fälle nur noch der dritte übrig bleibt, so möchte es scheinen als genüge nach der Hauptschuldfrage die Beifügung zweier auf die 2 ersten Fälle gerichteten Fragen. Diese Art der Fragestellung, welche früher in Anwendung kam, ist aber wohl unzulänglich, denn abgesehen davon, daß es an sich rathsam erscheint den Geschworenen die 3 Fälle (sofern sie nämlich alle[46]) in Frage stehen) zugleich vor Augen zu stellen, da sonst leicht Mißgriffe vorkommen können, so ist auch die ausdrückliche Befragung über das Vorhandensein des dritten Falles in rechtlicher Hinsicht gar nicht zu entbehren, denn das Gesetz unterstellt auch in dem dritten Fall immerhin, daß der Tod als

---

handlung vor dem Schwurgericht einzelne Punkte näher aufgeklärt wurden, oder sich wesentlich anders darstellten und gleichwohl der Schwurgerichtshof sein Urtheil gegen die Abwesenden blos auf den Grund der Acten stützen soll, während er bei Prüfung seiner Ueberzeugung sich doch nicht von den Eindrücken, die er bei der Verhandlung empfing, loszumachen vermag. Auf dem Mosbacher Schwurgericht wurde in einem ähnlichen Fall der etwas gewagte Ausweg gebraucht, daß die vorgekommenen weiteren Geständnisse von Mitangeklagten auf Anordnung des Schwurgerichtes protokollirt wurden und der Vertheidiger des Abwesenden noch hierüber gehört wurde.

[46]) Sind nur die leichteren oder ist nur der leichteste der 3 Fälle in Frage, so gestalten sich die Fragen einfacher. Vrgl. Magazin für Rechtspflege a. a. O. S. 314.

Folge der Handlung vom Thäter überhaupt vorhergesehen werden konnte und hierüber, wie wenig Schwierigkeit auch diese letztere Frage darbieten mag, ist ein ausdrücklicher Ausspruch der Geschworenen jedenfalls nöthig (wenn der dritte Fall in Frage kommt), da die Verneinung der beiden ersten Fälle noch nicht mit logischer Nothwendigkeit die Annahme des dritten Falles in sich enthält, und da überhaupt ein unmittelbarer Ausspruch zu fordern ist [47]).

Hiernach wurde auch in neueren Fällen verfahren. Es wurde hiebei der dritte, als der nach dem Grade der Verschuldung in der Mitte liegende Fall, der natürlichen und nothwendigen Ordnung gemäß zum Gegenstand der mittleren von den 3 Fragen gemacht, so daß der leichteste Fall die eventuelle Schlußfrage bildete. Die mittlere Frage, deren positiver Inhalt aus der Vergleichung der beiden anderen Fälle sich ergibt, wurde aber so gefaßt:

„War die in Frage bezeichnete Handlung des Angeklagten — von der Art, daß der Tod des — von dem ersten als wahrscheinliche oder doch als nicht sehr unwahrscheinliche Folge seiner Handlung vorausgesehen werden konnte?"

4) In Betreff der **Erschwerungsgründe** bei dem Diebstahl, welche Gründe aber bei dem **gefährlichen** Diebstahl nach St.G.B. §. 387 nur als Straferhöhungsgründe innerhalb des gesetzlichen Maaßes wirken, ist seit etwa anderthalb Jahren eine weitere Vereinfachung der Fragestellung bei dem unterrheinischen Schwurgericht allgemein in Uebung gekommen.

Es wurde früher berichtet, daß anfänglich bei dem gefährlichen Diebstahl die etwaigen Erschwerungsgründe des §. 385 jeweils unbedingt in der Fragestellung berücksichtigt wurden, daß aber in der Folge nur eventuell, für den Fall der Verneinung der Gefährlichkeit, noch Fragen auf das Vorhandenseyn der bezüglichen Umstände hinzugefügt zu werden pflegten; nach der neueren Uebung werden nun gar keine Fragen in Betreff solcher erschwerenden Umstände mehr gestellt, weil bei dem gefährlichen Diebstahl die fraglichen Erschwerungsgründe kraft der Bestimmung des §. 387 ihrem Wesen nach in Wahrheit nur Straferhöhungsgründe [48]) sind, somit der Beurtheilung des Gerichtshofes überlassen bleiben, der nicht gefährliche (gemeine) Diebstahl dagegen als solcher eigentlich gar nicht vor die Geschworenen gehört, und der Gerichtshof bei verneinter Gefährlichkeit nur ausnahmsweise über den Straffall deßhalb entscheidet, damit die mehr als genügend erörterte Sache ohne unnöthige Weiterungen ihre Erledigung finde [49]), derselbe aber hiebei hinsichtlich die Erschwerungen das Recht, was auch der Amtsrichter, beziehungsweise das Hofgericht (mit 3 Stimmführern) hat, füglich für sich beanspruchen kann. Dieser letzte practische Grund muß allen etwaigen theoretischen Bedenken gegenüber durchschlagen, die neuere Uebung dürfte daher nur zu billigen sein. [50])

5) Die Frage, ob ein **schwererer** oder **leichterer Fall** des gefährlichen Diebstahls, und ob ein **Rückfall** und welcher vorhanden ist, hat der Schwurgerichtshof auch seither ohne alle Ausnahme in der früher (Annalen Jahrgang 20, S. 27) besprochenen und begründeten Weise

[47]) Eine abweichende Ansicht in den oberhessg. Jahrb. n. F. Jahrg. 13. S. 424—425.

Die Mißstände, welche sich bei der dort geltend gemachten abweichenden Verfahrungsart nach Inhalt der bezüglichen Ausführung selbst ergeben, werden durch die oben bezeichnete Fassung der Fragen vermieden.

[48]) Einzelne Umstände, welche zugleich mit zu vollständiger Bezeichnung der Entwendung dienen, wie die Verübung zur Nachtzeit und der Betrag des Diebstahls, werden gleichwohl immer in die Hauptfrage noch mit aufgenommen, wenn gleich sie nach Sachlage eigentlich auch nur bei der Strafausmessung von besonderem Belange sind.

[49]) Vrgl. Beck's Anmerkungen §. 41. Note.

[50]) Wenn nach Maßgabe des §. 41. Zf. 43 des Einf.Ges. ein **gemeiner** Diebstahl wegen der Größe der zu erkennenden Strafe vor das Schwurgericht gewiesen wird, so gestaltet sich die Sache natürlich anders; es müssen dann die etwaigen Erschwerungsgründe jedenfalls bei der Fragestellung berücksichtigt werden.

Bei dem Hofgericht zu Mannheim kam meines Wissens ein solcher Fall bisher erst einmal in Frage in U.S. gegen Rohrmann und Genossen von Schlierbach wegen Diebstahls einer Tasche mit Papiergeld im Werth von mehreren tausend Gulden; der Fall wurde jedoch vom Hofgericht abgeurtheilt, weil die ganz besonderen Umstände eine gelindere Strafausmessung rechtfertigten.

In Betreff des erwähnten § 41. Zf. 43 möge hier gelegentlich noch auf ein seltsames Ergebniß hingedeutet werden, welches bei blos wörtlicher Auffassung dieses §. zum Vorschein kommen könnte, daß nämlich ein Diebstahl von hohem Betrag, der als erster oder zweiter vor das Schwurgericht gehören würde, deßhalb, weil er ein dritter Diebstahl ist, dem Schwurgericht entzogen würde. Dies kann nicht im Sinne des Gesetzes liegen; dieses wird vielmehr so auszulegen sein, daß die Größe der Strafe, sofern sie blos auf der Eigenschaft des Diebstahls als eines dritten beruht, die Verweisung des Falls vor das Schwurgericht nicht zur Folge haben soll.

als eine zur Strafausmessung gehörige, mithin der Beurtheilung des Gerichtshofes selbst zu überlassende Frage behandelt und gewiß mit gutem Grunde [51]). Ich habe in dieser Beziehung dem Früheren nichts beizufügen.

Verwandt mit der zuerst erwähnten Frage ist *die*: ob bei der *Brandstiftung* die Geschworenen geeigneten Falls gemäß St.G.B. §. 550 sich darüber auszusprechen haben, ob der dadurch verursachte *Schaden* nur als ein **unbedeutender** anzusehen ist, desgleichen geeigneten Falls gemäß St.G.B. §. 551 darüber, ob der dadurch verursachte Schaden als ein **sehr großer** zu betrachten ist? (Das gleiche Verhältniß tritt bei *Münzfälschung* im Falle des St.G.B. §. 521 ein, dagegen gehören die ähnlichen Bestimmungen des St.G.B. §. 426 und 431 wegen *Urkundenfälschung* nicht hieher, weil hiebei das Gesetz einen *festbestimmten* Betrag angegeben hat.)

Bei dem mittelrheinischen Hofgerichte wurde jene Frage nach der Mittheilung in den *Annalen* Jahrgang 21 S. 161 schon in verschiedener Weise erledigt. Das unterrheinische Schwurgericht hat sich in solchen Fällen, wenn ich nicht irre, wenigstens in neuerer Zeit der Ansicht zugeneigt, daß nur die *Größe* des verursachten Schadens als das zu Grunde liegende *thatsächliche* Verhältniß durch Wahrspruch der Geschworenen festzustellen, dagegen die Frage, ob der Schaden nur unbedeutend, beziehungsweise sehr groß ist, Sache der rechtlichen Beurtheilung des Gerichtshofes sei. Diese Ansicht steht im Einklang mit den oben erwähnten Grundsätzen, in Bezug auf leichtere oder schwerere Fälle. Abgesehen davon, daß von den Ueberschriften der St.G.B. §§. 550 und 551 (Strafmilderung und Straferhöhung statt Straferschwerung) jedenfalls die *eine* ungenau, wo nicht unrichtig, erscheint [52]), so ist jedenfalls ein wesentlicher Unterschied zwischen dem was hier ein Strafmilderungsgrund genannt wird und zwischen den allgemeinen Milderungsgründen des St.G.B. §. 153 [53]) und es kann da, wo das Gesetz eine Milderung oder Erschwerung (beziehungsweise eine Erleichterung oder Erschwerung des Strafmaßes) nicht an eine *festbestimmte* Thatsache knüpft, vielmehr an das Vorhandensein thatsächlicher Verhältnisse allgemeinerer Art und zugleich an deren erst durch richterliches Ermessen festzustellenden Werth oder Unwerth, den Geschworenen füglicher Weise nur über das Vorhandensein der thatsächlichen Verhältnisse eine Frage vorgelegt werden, über deren Werth oder Unwerth hat das Ermessen des Gerichtshofes zu entscheiden. Es gestaltet sich hier der Sache nach (und auf die *Sache* kommt es doch vor Allem an) das Verhältniß gerade so, wie wenn der Gesetzgeber ein Strafmaß für *leichtere* und *schwerere* Fälle und zugleich für Fälle von *mittlerer Schwere* (die gewöhnlicheren Fälle) festgesetzt hätte.

Dagegen gibt es andere Fälle, wo das Ermessen bei Beurtheilung eines Milderungsgrundes nach der Fassung des Gesetzes und der Natur der Sache den Geschworenen allerdings überlassen werden muß, dahin gehört die Frage, welche in der Anklagsache gegen *Gerig* wegen Mords und gegen dessen Sohn wegen Beihilfe hiezu auf den Grund des St.G.B. §. 140 vom Schwurgerichtshof bezüglich des Sohnes in folgender Fassung gestellt wurde:

„Findet die dem Angeklagten Jakob Gerig von R. nach der Beantwortung der obigen Fragen [54]) zur Last fallende Handlung in seinen persönlichen Verhältnissen zum Urheber der in der ersten, beziehungsweise zweiten Frage bezeichneten That *eine besondere Entschuldigung*?"

6) Der Grundsatz, daß den *Anträgen auf Hinzufügung* **weiterer Fragen**, namentlich wegen behaupteter **Milderungsgründe** dann keine Folge zu geben ist, wenn erhebliche thatsächliche Anhaltspunkte hiefür in der Verhandlung gar nicht vorgekommen sind,

---

[51]) Vergl. auch *Annalen* Jahrgang 19, S. 32 und *Magazin für Rechtspflege* Bd. 1., S. 312. 322. *Ant. Mayer*, Strafverfahren §. 77.

[52]) Gewöhnlich wird die letztere (§. 551) als die unrichtige angesehen. *Bekk's* Anmerkungen S. 80 Note und *Annalen* a. a. O. Note. Diese Unterstellung findet auch in der gleichartigen Bestimmung des St.G.B. §. 521 verglichen mit §. 426. 431 Unterstützung. In ersterer wird und zwar dort im Gesetzesausspruch selbst der Ausdruck *Strafmilderungsgrund* gebraucht.

[53]) Dies wird auch von *Bekk* an dem in der vorigen Note angeführten Orte anerkannt. Wenn derselbe hervorhebt, es seien eigentlich *geringere Arten von Vergehen* in Frage, so könnte man dafür vielleicht noch besser sagen leichtere oder schwerere Fälle des nämlichen Vergehens.

[54]) Es gingen mehrere die Schuld dieses Angeklagten betreffende Fragen, namentlich auf Grund des St.G.B. §. 79. 82, Abs. 1 und 2, vorher. In derartigen Fällen bediente sich der Schwurgerichtshof öfters der obigen zweckmäßigen Fassung, wodurch die gehäufte Hinweisung auf eine Reihe von Ziffern und Fällen umgangen wird und zugleich der Sinn der Frage alsbald deutlicher hervortritt. Ein Nachtheil kann aus einer solchen abgekürzteren Fassung nicht entstehen, sie ist dem gemeinen Menschenverstand klarer als die Beziehung auf eine Reihe von Ziffern (mit dem unvermeidlichen „*beziehungsweise*.")

wurde auch seither vom Schwurgerichtshofe stets festgehalten. [55])

Unter Hinweisung auf die frühere Ausführung in Betreff dieses nicht unwichtigen Punktes bemerke ich hier nur, wie gleichwohl bei der Beurtheilung, ob Anhaltspunkte für die betreffende Frage vorhanden sind, immer eine gewisse Billigkeit obwalten und im Zweifel die Rücksicht überwiegen muß, daß dem Angeklagten kein von ihm in der Verhandlung geltend gemachtes, gesetzlich nicht unzulässiges Vertheidigungsmittel (mag es auch schwach und unhaltbar erscheinen) durch Weglassung der bezüglichen Frage im Voraus abgeschnitten werden darf. Es muß daher genügen, wenn der Angeklagte bei der Verhandlung in irgend einer bestimmten Weise das Vorhandensein des fraglichen thatsächlichen Verhältnisses, das ihm zur Milderung dienen soll, behauptet hat, und bei seiner Behauptung stehen geblieben ist.

In diesem Sinne wurde auch von dem Schwurgerichtshofe obiger Grundsatz angewendet.

7) Schon oben, unter Zf. 3, wurde angeführt, wie der Schwurgerichtshof von der ihm durch unser Gesetz nicht entzogenen Befugniß, einen allgemeinen verständlichen **Rechtsbegriff** geeigneten Falls ohne Zergliederung in seinem Merkmale in die den Geschworenen vorzulegenden Fragen aufzunehmen, in mehreren Fällen Gebrauch gemacht habe. Es geschah dieses in Bezug auf den Begriff der Entwendung namentlich auch (ein oder das andere Mal) im Falle eines Raubes, bei welchem Verbrechen ohnehin das Gesetz selbst (in §. 410) einfach auf den Begriff des Diebstahls Bezug nimmt [56]).

[55]) Vrgl. auch Magazin für Rechtspflege a. a. O. S. 310.

[56]) Vegl. Annalen Jahrg. 19. S. 29.

Daß auch noch in Bezug auf andere Vergehen ein Gleiches Statt fand, ist mir nicht bekannt, und es muß im Uebrigen auf das, was schon oben über diesen Punkt gesagt wurde, zurückgewiesen werden.

Auch der rechtliche Begriff des **Versuches** eines Vergehens ist wohl ein ziemlich leicht und allgemein verständlicher; demungeachtet wird bei dem nicht beendigten [57]) Versuch neben der Anführung der betreffenden Handlung selbst in der Frage niemals der Satz weggelassen sein:

„und hiedurch Handlungen verübt zu haben, wodurch die Ausführung des beabsichtigten Verbrechens angefangen wurde (oder welche einen Anfang des beabsichtigten Verbrechens enthalten.)"

Es erscheint hier die Beschaffenheit der fraglichen Handlungen als Anfangshandlungen in Bezug auf das Verbrechen als ein thatsächliches Verhältniß, worüber ein Ausspruch der Geschworenen ebenfalls erforderlich ist, und es muß dieser Punkt den Geschworenen mit den Worten des Gesetzes selbst klar vor die Augen gebracht werden, da sonst Mißverständnisse all zu leicht vorkommen könnten.

Dem entspricht auch die Uebung des unterrheinischen Schwurgerichts.

Eduard Brauer.

(Fortsetzung folgt.)

[57]) Der beendigte Versuch muß immer genau nach Maßgabe des St.G.B. §. 107 in der Frage besonders bestimmt werden, ohne daß hiebei von einer Abkürzung oder Weglassung die Rede sein kann.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXI. No. 47. Mannheim, 18. November 1854.

I.

1) Zu §. 42 und 122 der Gemeindeordnung vom 31. Dezbr. 1831. Ausleihung von Gemeindegeldern ohne Zustimmung des Gemeinderaths.
2) Zu §. 43 der Gemeindeordnung. Ist zur Giltigkeit oder Beweislichkeit eines Gemeinderathsbeschlusses der Eintrag desselben in das Rathsprotokoll erforderlich?
3) Zu L.R.S. 1348. Ziff. 4. §. 389 und 390 der Pr.O. Verlorene Beweisurkunden.
4) Zu §. 1169 der Pr.O. Neue Beweismittel in zweiter Instanz. Zeugenbeweis.
5) Der Darleiher (Zf. I.) als **negotiorum gestor** der Gemeinde.

Bürgermeister **Barth** von Tauberbischofsheim erhob ein der Gemeinde daselbst zur verzinslichen Verwaltung zugewiesenes Pfarrcompetenz-Ablösungs-Capital im Betrag von 2000 fl. unterm 27. Januar 1848 von dem dortigen Beneficiatfond und lieh dasselbe an die Anton **Hasenfuß**'schen Eheleute zu Seehof unterm 23. Sept. 1848 aus. Bei der Ausklagung derselben auf Rückzahlung des Darlehens ergaben sich Verluste. Die Gemeinde Tauberbischofsheim, welche die Betreibung dieser Sache dem Bürgermeister Barth überlassen hatte, klagte gegen ihn, indem sie dieses Darlehen als ein ihr fremdes Rechtsgeschäft betrachtete, auf Rückzahlung von fl. 2000 nebst 5 pCt. Zinsen vom 27. Jan. 1848 und Verzugszinsen aus diesen Zinsen vom Tage der Klagzustellung, sowie auf Zahlung von fl. 5. 23 kr. vorgeschossener Klagkosten nebst Verzugszinsen vom gleichen Tage. Der Beklagte behauptete, daß er das Darlehen nicht einseitig, sondern nach vorgängiger in der Sitzung vom 23. Dezbr. 1847 ertheilter Genehmigung des Gemeinderaths gegeben habe. Der Unterrichter nahm an, daß der Beweis dieser Behauptung durch den erhobenen Zeugenbeweis geführt sei und wies die Klägerin mit ihrer Klage ab.

In Folge der von ihr ergriffenen Berufung erließ das großh. Hofgericht des Unterrheinkreises unterm 19. Novbr. 1853 folgendes abändernde Erkenntniß: der Beklagte habe einen Erfüllungseid dahin zu leisten:

> Es ist wahr, daß der Gemeindebeschluß vom 23. Dez. 1847, welcher die Genehmigung zu dem den A. Hasenfuß'schen Eheleuten gegebenen Darlehen von 2000 fl. ertheilte, auf die zweite Hälfte des, die gerichtliche Taxation der zum Unterpfande bestimmten Güter enthaltenden Bogens niedergeschrieben worden, und diese Urkunde ohne mein Verschulden abhanden gekommen ist.

Würde er diesen Eid leisten, so würde Klägerin unter Verfällung in die Kosten beider Instanzen mit ihrer Klage abgewiesen werden.

Würde er jedoch diesen Eid nicht ausschwören, so würde der Beklagte für schuldig erklärt werden, der Klägerin die Summe von 2000 fl. nebst Zins zu 5 pCt. vom 23. Septbr. 1848 und Zinseszins vom 28. Jan. 1852 als dem Tage der Klagzustellung, sowie 5 fl. 23 kr. nebst Zins zu 5 pCt. von diesem Tage an innerhalb 4 Wochen bei Zugriffsvermeidung zu zahlen und die Kosten beider Instanzen zu tragen.

Hiegegen ergriff die Klägerin die Oberberufung. Das hofgerichtliche Urtheil wurde jedoch unter Adoption seiner Gründe lediglich bestätigt. Die letztere lauten:

Entscheidungsgründe.

Der S. 57 der angeführten Acten befindliche Handschein vom 17. Dez. 1847 ist unterschrieben: „Bürgermeisteramt Barth", sichert den Rathsschreiber Hasenfuß'schen

Eheleuten von dem Seehof ein Darleben von 2000 fl. aus der Tauberbischoffsheimer Verrechnung der Pfarrei-Zehntablösungs-Casse zu und macht die jährliche 5 pCt. Verzinsung an den jeweiligen Verrechner zu einer der Bedingungen des Darlehens.

Die Seite 179 der hofgerichtlichen Acten befindliche Schuld- und Pfandurkunde vom 31. Januar 1848 bezeichnet als Darleiher den Beklagten, fügt jedoch bei, daß das Darlehen aus der Pfarrei-Zehntablösungs-Casse zu Tauberbischoffsheim bezahlt werde und der Zins an den jeweiligen Verrechner zu entrichten sei. Der Empfang der Darlehenssumme ist unterm 23. Sept. 1848 auf der Schuld- und Pfandurkunde von Anton Hasenfuß bescheinigt.

Nach diesen Urkunden erscheint der Beklagte als derjenige, welcher die Summe von 2000 fl. den Hasenfuß'schen Eheleuten aus der Pfarrei-Zehntablösungs Casse Tauberbischoffsheim dargeliehen hat. Auf diese Thatsache, nicht aber auf die Erhebung des Geldes von dem Beneficiatfond, welche nach den Erklärungen der Klägerin S. 34 u. 35 d. Act. als von ihr genehmigt erscheint, gründet sich die Klage.

Es ist unter den Parthieen nicht bestritten, und in §. 42 und 122 d. G.O. vom 31. Dezember 1831 begründet, daß der Beklagte als Bürgermeister der Gemeinde Tauberbischoffsheim nicht befugt war, ohne Genehmigung des dortigen Gemeinderaths das Darlehen zuzusagen und die Darlehenssumme zu verabfolgen.

Seine Handlung war daher, in sofern er die behauptete Genehmigung nicht zu erweisen im Stande ist, eine unbefugte und eigenmächtige, mithin eine unrechte That im Sinne des L.R.S. 1382 und 1382a. Sie verbindet den Beklagten zum Schadensersatz, welcher zunächst in Rückerstattung des entzogenen Capitals bestehen muß; sie verpflichtet ihn aber auch zur Zahlung der gesetzlichen Zinsen aus diesem Capital vom Tage der eigenmächtigen Verwendung desselben, sowohl weil diese Zinsen der Gemeinde bei einer von ihr ausgegangenen Capitalanlage zugekommen wären, mit der Entziehung des Capitals ihr daher auch dieser Gewinn entging, als auch weil der Gläubiger einer bestimmten Summe überhaupt die gesetzlichen Verzugszinsen fordern kann, bei negativen Verbindlichkeiten aber der Verzug mit Begehung der Handlung, die zu unterlassen war, kraft Gesetzes eintritt. L.R.S. 1153. 1145.

Zachariä, 4. Auflage §. 308. Die Rückforderung der von der Gemeinde bei Betreibung der Rückzahlung de Darlehens vorgeschossenen Kosten ist in L.R.S. 1372 und ff. die Zinseszinsforderung und die Forderung der Zinsen aus dem Kostenbetrag vom Tage der Klagzustellung in L.R.S. 1139. 1153 und 1154 rechtlich begründet.

Der Beklagte behauptet, daß der Gemeinderath in der Sitzung vom 23. Dezember 1847, seine Zustimmung zu dem Darlehen gegeben habe, und der deßfalsige Beschluß zwar nicht in das Rathsprotocoll, wohl aber auf den die Taxation enthaltenden Bogen geschrieben worden sei. Da die Gemeindeordnung weder zur Giltigkeit, noch zur Beweislichkeit eines Gemeinderathsbeschlusses den Eintrag desselben in das Rathsprotocoll verlangt (§. 43 d. G.O.), so hat der Unterrichter mit Recht die behauptete Genehmigung des Darlehens von Seite des Gemeinderaths dem Beklagten zum Beweise ausgesetzt.

Der Beklagte hat diesen Beweis durch Zeugen angetreten. Der Zeugenbeweis wurde erhoben und hat das Ergebniß geliefert, daß die Zeugen Franz Nicolaus Müller, Valentin Rößner, Martin Zubrod und Heinrich Baumann die Behauptung des Beklagten bestätigt haben. Allein der Zeugenbeweis ist, wollte man ihn auch zur Herstellung eines Gemeinderathsbeschlusses nach der Gemeindeordnung überhaupt für zuläßig erachten, doch nach L.R.S. 1341 und 1985 jedenfalls hier, wo ein Rechtsgeschäft von mehr als 75 fl. in Frage steht, unzuläßig, insofern nicht einer der Ausnahmsfälle des L.R.S. 1248 oder der Anfang eines schriftlichen Beweises vorliegen sollte.

Der Beklagte hat nun allerdings behauptet, daß der Gemeinderathsbeschluß vom 23. Dezember 1847, auf den die Taxation enthaltenden Bogen niedergeschrieben worden sei, und die Unterschrift sämmtlicher damaligen Gemeinderäthe trage. Er hat die Herausgabe der Urkunde vom Gegentheile verlangt, dieser die Taxation produzirt. Es fand sich jedoch auf derselben der fragliche Beschluß nicht. Der Beklagte erklärte, daß der Letztere auf der zweiten Hälfte des Bogens gestanden und ohne Zweifel abgeschnitten worden sei, um seinen Rechtsstand zu verschlimmern. Der Unterrichter gab dem Beklagten die deßfalsige Behauptung zum Beweise auf. Er trat ihn durch Eideszuschiebung an den damaligen Gemeinderechner Weinmann an, eventuell durch Berufung auf denselben als Zeugen. Weinmann wurde als Zeuge abgehört, wußte jedoch über den Beweissatz keine Auskunft zu geben.

Dagegen hat der allerdings nur zum Beweis

der behaupteten Genehmigung selbst aufgerufene Zeuge Martin Zubrod angegeben, daß der fragliche Gemeinderathsbeschluß auf ein Papier von dem verstorbenen Rathschreiber Höniger niedergeschrieben worden sei.

Die von dem Beklagten in seiner Appellationsvernehmlassung S. 29—43 der hofg. Acten zusammen gestellten Thatsachen ergeben allerdings Vermuthungen für die erfolgte Genehmigung des Darlehens, nicht aber dafür, daß eine schriftliche Urkunde hierüber ausgefertigt wurde, sie sind daher, da ein Vermuthungsbeweis für das Rechtsgeschäft selbst nach L.R.S. 1353 ebensowenig, wie der Zeugenbeweis zulässig ist, nur für den Fall, daß der Zeugenbeweis ausnahmsweise zulässig sein sollte, erheblich. Ebensowenig kann in derselben der Anfang eines schriftlichen Beweises im Sinne des L.R.S. 1347 gefunden werden, da eine Schrift des Gemeinderaths, welche die fragliche Genehmigung wahrscheinlich macht, nicht vorliegt, als solche insbesondere die S. 75 der hofg. Acten befindliche Urkunde vom 19. April 1850, welche zwar angeblich vom Gemeinderath herrührt, jedoch nur vom Bürgermeister und nicht einmal vom Rathschreiber unterzeichnet ist, nicht anzusehen ist. (§. 46 der Gemeindeordnung.)

Es ist daher auf die Frage zurückzukommen, ob auf den Grund des L.R.S. 1348 No. 4 der Zeugenbeweis zugelassen werden darf?

Die Existenz einer Urkunde über den fraglichen Gemeinderathsbeschluß ist durch den Zeugen Martin Zubrod bezeugt. Dieser Zeuge wurde zwar wie bereits oben bemerkt wurde, nur über die Behauptung, daß im Dezember 1847 der damalige Gemeinderath den fraglichen Beschluß gefaßt habe, vorgeschlagen, allein der Beklagte hat sich in zweiter Instanz ausdrücklich für die Thatsache, daß über diesen Beschluß eine Urkunde aufgenommen wurde, auf diese Zeugenaussage berufen. Wenn nun dem Appellaten nach §. 1169 der Pr.O. das Vorbringen neuer Beweismittel gestattet ist, es mithin ihm unbenommen geblieben wäre, sich für die Existenz der Urkunde auf den Zeugen Zubrod zu berufen, so muß es ihm auch gestattet sein, da eine wiederholte Abhör dieses Zeugen keinen Zweck hätte, sich zum Beweise jener Thatsache auf seine bereits abgegebene Aussage zu beziehen.

Der Zeugenbeweis ist zur Herstellung der Existenz und des Verlustes einer Urkunde nirgends ausgeschlossen. (§.389 und 390 der Pr.O.) Oberhofg. Jahrb. 5. Jahrgang S. 227.

Wurde aber der Gemeinderathsbeschluß niedergeschrieben, so läßt sich vermuthen, daß, da es nicht üblich ist, daß der Bürgermeister sich die Ausfertigung eines ihn zu einer Diensthandlung autorisirenden Gemeinderathsbeschlusses zu Handen stellen läßt, dieselbe mit den übrigen, das fragliche Darlehen betreffenden Papieren in den Händen der Klägerin beziehungsweise des Gemeinderechners verblieb, mithin auch, wenn sie weggekommen ist, dieß ohne Verschulden des Beklagten durch Ereignisse, die er nicht abzuwenden vermochte, geschah. Es wird daher der Beweis der Existenz und des unverschuldeten Verlustes der fraglichen Urkunde als insoweit geführt anzunehmen sein, daß dem Beklagten hierüber der Erfüllungseid aufzulegen ist.

Wird derselbe geschworen, so sind die, die Genehmigung des Darlehens von Seite des Gemeinderaths bestätigenden Ergebnisse des erhobenen Zeugenbeweises, der durch die Abhör der ehemaligen Mitglieder des Gemeinderaths eher unterstützt, als geschwächt wird, sowie des geführten Vermuthungsbeweises zu berücksichtigen und ist hiernach die Klägerin mit ihrer Klage abzuweisen. Wird der Erfüllungs-Eid nicht geschworen, so fällt Zeugen- und Vermuthungsbeweis als unzulässig hinweg und fragt es sich für diesen Fall nur noch, ob und in wie weit die Einrede des Beklagten, daß er durch die fragliche Kapitalanlage ein Geschäft für die Gemeinde, das dieselbe anzuerkennen verbunden sei, geführt habe, begründet ist?

Indem das Gesetz die Capitalanlagen der Gemeinde an die Zustimmung des Gemeinderaths bindet, verbietet es dem Bürgermeister die einseitige Besorgung dieser Geschäfte. Wenn er daher eigenmächtig Gemeindegelder ausleiht, so handelt er gegen den Willen der Geneinde und auf widerrechtliche Weise.

L.R.S. 1375 a.

Erläuterungen Brauers dazu III. Bd. S. 284.

Es kann daher nach diesem Landrechtssatze der Klägerin aus seinem Geschäfte nur das in Anrechnung bringen, was derselben als Vermögenszuwachs oder Verbesserung wirklich zu gut gekommen ist. Wollte man nun auch annehmen, daß in der in Folge der Liegenschaftsversteigerung ergangenen Verweisung ein solcher Vermögenszuwachs bis zu dem verwiesenen Betrage liege, so fehlt es doch der Einrede an jeder thatsächlichen Begründung, indem wei-

ter behauptet ist, daß die Verweisung zu Gunsten der Klägerin ergangen und dieser zugekommen, noch angegeben, welche Summe aus den versteigerten Liegenschaften erlöst und verwiesen wurde. Es ist dieselbe mithin hier nicht zu berücksichtigen, und nur im allgemeinen auszusprechen, daß, insofern die Verweisung zu Gunsten der Klägerin erfolgt, und von ihr angenommen wird, der Beklagte im Falle seiner Verurtheilung berechtigt ist, den verwiesenen Betrag an der von ihm zu zahlenden Summe abzuziehen. v. Hillern.

II.

Zwangsversteigerung.

1) Die bei einer Zwangsversteigerung betheiligten Personen können sich über beliebige dabei zu stellende Bedingungen vereinbaren.

2) Wer nach Eröffnung der gestellten Bedingungen ohne Einsprache bietet oder denselben in anderer Weise nachkommt, gibt seine Einwilligung dazu.

3) Die Eigenschaft eines zum Unterpfandsbuch eingetragenen Gläubigers befreit denselben nicht von Erfüllung der für jeden Bieter festgesetzten Bedingungen.

4) Der Bürge, den ein Schuldner stellen will, muß im Umfang der unmittelbaren Obergerichtsbarkeit des Bezirks, in welchem Bürgschaft geleistet werden soll, ansässig sein.

Simon gegen Fürstenberg.

Zum Zwecke einer auf den 4. Juni 1852 anberaumten Zwangsversteigerung von Liegenschaften, wozu B. Simon von Bräunlingen als bekannter Gläubiger besonders vorgeladen und auch erschienen war, hatte der Vollstreckungsbeamte unter anderen die Bedingung festgesetzt:

> daß jeder Bieter einen tauglichen Bürgen stellen und jeder fremde Steigerer sich mit glaubwürdigen Vermögens- und Leumundszeugnissen ausweisen müsse.

In der Tagfahrt selbst wurde weder ein Gebot gethan, noch von irgend einer Seite etwas gegen die bekannt gemachten Bedingungen erinnert.

Der Vollstreckungsbeamte setzte daher anderweite Tagfahrt auf den 25. Juni 1852 fest, in welcher Simon mit F. Sauter von Constanz erschien, den er als seinen Bürgen darstellte. Es ward jedoch keiner von beiden als Bieter zugelassen, weil die von Sauter vorgelegten Ausweise dem Vollstreckungsbeamten unzureichend schienen.

Den vorigen Bedinungen war in Gemäßheit des §. 1018 der Pr.O. noch beigefügt, daß bei der zweiten Versteigerung der endliche Zuschlag um das sich ergebende höchste Gebot erfolge, auch wenn solches unter dem Schätzungspreis bleiben würde.

Nachdem nun ein Bevollmächtigter der fürstlichen Standesherrschaft Fürstenberg den Zuschlag erhalten hatte, unterzeichnete Simon das Protokoll mit dem Anfügen: nachbieten zu wollen, wenn er das Vermögenszeugniß und die erforderliche Bürgschaft beigebracht haben werde.

Da sich aber zum Nachbieten keine Gelegenheit mehr gab, so focht Simon in Gemeinschaft mit Sauter die Versteigerung innerhalb der durch § 1021 der Pr.O bestimmten Frist von 4 Wochen bei großh. Bezirksamte Waldshut aus dem Grunde als nichtig an, weil Simon ein zum Pfandbuche eingetragener Gläubiger und Sauter nach den beigebrachten Papieren ein annehmbarer Bürge, sohin der eine wie der andere von dem Vollstreckungsbeamten mit Unrecht zurückgewiesen und dadurch dem Zwecke der Versteigerung geradezu entgegen gehandelt worden sei.

Der Unterrichter wies jedoch die Kläger ab, wogegen das großh. Hofgericht des Oberrheinkreises erkannte: daß der unterm 25. Juni 1852 an die fürstl. Standesherrschaft Fürstenberg ertheilte Zuschlag, sowie jener ganze Versteigerungsact aufzuheben und eine nochmalige Versteigerung, unter Zulassung der Kläger als Steigerer, vorzunehmen sei.

Das Appellationsgericht ging nemlich von der Ansicht aus, daß die vorgedachte Versteigerungsbedingung dem §. 1013 der Pr.O. zuwider, und daß hienach kein hinreichender Grund vorhanden gewesen sei, die Kläger, welche sich über ihre Person und Zahlungsfähigkeit genügend ausgewiesen hätten, vom Bieten auszuschließen.

In dritter Instanz wurde jedoch unterm 26. Oktober l. J. das hofgerichtliche Urtheil aufgehoben und das amtliche wieder hergestellt.

Oberhofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Wenn auch der §. 1013 der Pr.O. als Regel für

Zwangsversteigerungen unbeweglicher Güter nur bestimmt, daß von unbekannten oder solchen Personen, deren Zahlungsunfähigkeit offenkundig ist, keine Gebote zugelassen werden sollen, falls sie nicht einen tauglichen Bürgen sogleich stellen, so unterliegt es doch nach Ansicht des §. 1029 der Pr.O. keinem Zweifel, daß in dieser Beziehung dennoch unter Zustimmung aller Betheiligten, abweichend von der gesetzlichen Regel, auch anderweite Bedingungen und, wie bei der mit der Klage angefochtenen Versteigerung vom 25. Juni 1852 unter No. 3 u. 8 geschah, namentlich dahin festgesetzt werden können, daß jeder Steigerer annehmbare Bürgschaft zu stellen und jeder fremde Steigerer sich mit glaubwürdigen Vermögens- und Leumundszeugnissen, genügend auszuweisen habe.

Daß im vorliegenden Falle die Betheiligten und insbesondere der Kläger B. Simon selbst in diese Bedingungen, obgleich solche ohne eine aus den Akten ersichtliche, der Versteigerung vorhergegangene ausdrückliche Vereinbarung durch den Vollstreckungsbeamten entworfen und erst am Versteigerungstage jeweils öffentlich bekannt gemacht wurden, eingewilligt haben, muß aber nach Maaßgabe des L.R.S. 1108a und b darum angenommen werden, weil ungeachtet ihrer schon bei der ersten Versteigerung vom 4. Juni und wiederholt mit jener am 25. Juni 1852 erfolgten Eröffnung, wodurch die Beseitigung jener etwa mißliebigen Bedingung mittelst Beschwerde bei dem zuständigen Richter immerhin möglich geworden war — nicht nur von den anwesenden Betheiligten und hierunter von den genannten Klägern selbst keinerlei Einsprache dagegen erhoben worden ist, sondern dieser letztere auch thatsächlich die gedachten Bedingungen theils durch Mitbieten bei der Steigerung und Darstellung eines Bürgen in der Person des jetzigen Mitklägers Sauter, theils durch Mitunterzeichnung des Versteigerungsprotokolls unter dem beigefügten Vorbehalt nachzubieten, wenn er das Vermögenszeugniß und die erforderliche Bürgschaft beigebracht haben werde, anerkannt hat. Vergl. §. 928 Abs. 2 der Pr.O.

Mit der Klage, wie solche angestellt wurde, haben auch die Kläger keineswegs die Zuläßigkeit und Rechtsgültigkeit der angeführten Versteigerungsbedingungen, sondern nur deren Anwendbarkeit auf den Kläger Simon als einen im Unterpfandsbuche eingetragenen Gläubiger bestritten und um Aufhebung der Versteigerung aus dem Grunde gebeten, weil, jener Eigenschaft und der Stellung eines Bürgen in der Person des Mitklägers Sauter ungeachtet, weder der Kläger noch dessen Bürge als Steigerer zugelassen worden sei.

Allein die Eigenschaft eines im Unterpfandsbuche eingetragenen Gläubigers konnte den Kläger von der Verbindlichkeit zur Erfüllung der allgemeinen für Steigerer jeder Art festgesetzten Versteigerungsbedingungen, bei welchen außer dem Kläger auch andere Personen und namentlich der ihm in der Befriedigung aus dem Erlöse jedenfalls vorgehende Gläubiger Gr. Wachter, auf dessen Betreiben die Vollstreckung verfügt worden, betheiligt waren, keineswegs befreien.

Was aber die weitere Frage des von ihm in der Person des Mitklägers Sauter angebotenen Bürgen und die Befähigung dieses Letzteren betrifft, in eigenem Namen bei der Versteigerung selbst zu bieten, so hat hierüber der Vollstreckungsbeamte nach Maßgabe der ihm zufolge §. 1013 Abs. 2 der Pr.O. zugestandenen Befugniß gegen die beiden Kläger entschieden, und diese seine Entscheidung erscheint, abgesehen von der Bestimmung des §. 1013 Abs. 2 der Pr.O., wornach kein Rechtsmittel gegen solche Entscheidungen statt findet, schon darum als gerechtfertigt, weil dem angebotenen Bürgen, wenn auch die von ihm beigebrachten Beweise über seine Person und Zahlungsfähigkeit für genügend erachtet werden wollten, doch jedenfalls die nach L.R.S. 2040 und 2018 nothwendige Eigenschaft der Ansäßigkeit im Umfange der unmittelbaren Obergerichtsbarkeit des Bezirks, wo die Versteigerung geschah und die Bürgschaft zu leisten war, mangelte, und, sofern derselbe als Steigerer selbst auftreten wollte, für ihn schon nach der festgesetzten allgemeinen Versteigerungsbedingung gleichfalls die Stellung eines gesetzlich befähigten Bürgen erforderlich gewesen wäre, welcher Obliegenheit seinerseits genügt zu haben, mit der Klage gar nicht behauptet werden konnte ꝛc.

D. R.

III.

Rückfall in den Diebstahl.

Ueber die Anwendung der §§. 184. 384 und 477 des St.G.B.

1) In den Annalen XVIII. 261 ist zuerst der Satz aufgestellt worden: daß derjenige, welcher nach Einführung des neuen Strafgesetzbuchs einen Diebstahl begehe, nicht wegen dritten Diebstahls, sondern nur wegen ersten

Rückfalls in den Diebstahl bestraft werden könne, wenn die zwei vorhergegangenen, unter der Herrschaft des alten Rechts abgeurtheilten Entwendungen nur durch ein Untersuchungsverhör von einander getrennt waren.

Diese aus den §§. 184 und 384 des St.G.B. geschöpfte Theorie wurde in der ersten Zeit einigen Entscheidungen zum Grunde gelegt (Annalen XIX. 7. 35), welche die Redaction wegen unstatthafter Rückanwendung des neuen Gesetzes auf rechtmäßig und rechtskräftig abgeurtheilte Fälle mit dem Erfolge bekämpft hat, daß hinfort jene älteren Diebstähle, die blos durch ein Untersuchungsverhör von einander getrennt sind, mit denjenigen, zwischen welchen ein verkündigtes Strafurtheil in Mitte liegt, ganz gleich behandelt werden, und zwar — wie in den Annalen XIX. 61. Sp. 2 und XX. 151 Note *) zu ersehen — aus den diesseits geltend gemachten Gründen; nicht aber deßwegen, weil die Frage: ob eine unter der Herrschaft des neuen Gesetzes verübte Handlung den Character des Rückfalls habe? einzig und allein nach der Vorschrift des neuen Gesetzes zu beurtheilen, oder, weil es für den Begriff des Rückfalls nur ein unwesentliches Nebenmoment sei, ob die Warnung schon gefunden werde in der Einleitung einer gerichtlichen Untersuchung gegen den Thäter und in dessen gerichtlichem Verhör oder in einem wider ihn ergangenen Urtheil und dessen Verkündung. Vrgl. Jahrb. n. F. XIII. 348 und 364.

Während die früheren Entscheidungen (Annalen XIX. 7. 35) den Zwischeneintritt eines verkündigten Straferkenntnisses als wesentliche Voraussetzung des Rückfalls erklärten, die durch ein bloses Untersuchungsverhör getrennten Entwendungen hingegen nur als fortgesetzten Diebstahl gelten ließen, fragt die heutige Praxis lediglich darnach, ob die vor dem 1. März 1851 abgeurtheilten Diebstähle nach den Vorschriften des älteren Gesetzes wirkliche Diebstähle gewesen sind. Ist dieß der Fall, so werden sie, mit Ausnahme derjenigen, welche einen Gulden nicht übersteigen, bei Bestimmung des Rückfalls in Rechnung gebracht, gleichviel, ob ein verkündigtes Strafurtheil oder nur ein Untersuchungsverhör dazwischen lag.

2) Es ist aber schon in den Annalen XVIII. 261. Sp. 2 erörtert, daß auch die einen Gulden nicht übersteigenden Entwendungen zur Herstellung eines Rückfalls in Ansatz zu bringen sind, wenn sie nach dem älteren Gesetze, welches zum Thatbestand des Diebstahls keine bestimmte Summe fordert, von den Gerichten rechtmäßig als Diebstähle bestraft worden waren.

Dagegen wurden derartige Diebstähle gelegentheitlich einer in den Annalen XIX. 385 mitgetheilten Entscheidung als solche bezeichnet, welche bei Bestimmung des Rückfalls außer Rechnung gelassen werden müßten, weil der §. 477 Entwendungen von so geringem Betrage gar nicht mehr als das Verbrechen anerkenne, dessen ein Angeschuldigter unter dem früheren Rechte für schuldig erkannt worden sei.

Dieses ist jedoch

a) nicht richtig, indem eine derartige That nach wie vor dem 1. März 1851 zu den strafbaren Handlungen gehört, mit dem einzigen Unterschiede, daß sie dermalen blos dann, wenn ein erschwerender Umstand dabei unterlaufen oder schon eine gerichtliche Bestrafung wegen Diebstahls vorausgegangen war, als Diebstahl von den Gerichten, andernfalls aber als Frevel von den Polizeibehörden abgeurtheilt wird. Eben deßhalb kann nicht behauptet werden, daß ein Diebstahl von dem in §. 477 bezeichneten Betrage mit Einführung des neuen St.G.B. unter allen Umständen den Character des Verbrechens verloren habe. Annalen XIX. 385. Sp. 2. Jahrb. l c. S. 364.

Vielmehr ist derjenige, welcher nach dem 1. März 1851 weniger als einen Gulden entwendet hat, des Rückfalls in den Diebstahl schuldig, wenn er vor jenem Zeitpunkte wegen einer gleich geringen Entwendung gerichtlich bestraft worden war; weil der §. 477 nur eine gerichtliche Bestrafung wegen Diebstahls voraussetzt, ohne irgend eine bestimmte Summe zu bedingen.

Obige Lehre ist auch

b) nicht consequent, da sie keinen Anstand nimmt, dem blosen Untersuchungsverhör die ihm nach den §§. 184 und 384 des St.G.B. nicht mehr zukommende Wirkung des Rückfalls beizulegen, während sie dem richterlichen Urtheile, welches vor dem 1. März 1851 die Entwendung von einem Gulden oder darunter als Diebstahl bestraft hat, die gleiche Wirkung schlechthin versagt.

Diese Inkonsequenz zeigt sich vielleicht am augenfälligsten darin, daß man einen heute verübten Diebstahl als Rückfall bestraft, auch wenn sich der Thäter unter-

der Herrschaft des alten Gesetzes nur eines Versuchs schuldig gemacht hat. Jahrb. l. c. S. 341.

Denn bei dem Versuch läßt sich, seiner Natur nach, in den meisten Fällen der Gegenstand, worauf es der Thäter abgesehen haben mochte, nicht bestimmen oder ermitteln. Man kümmert sich auch, so viel diesseits bekannt, bei Bestimmung des Rückfalls nicht darum, ob der Dieb bei seinem früheren Versuche mehr oder weniger als einen Gulden zu stehlen beabsichtigt hatte.

Die anderseitige Lehre führt mithin zu dem seltsamen Ergebniß, daß z. B. zwar nicht die vollendete Entwendung eines bestimmten Werthes, wohl aber die versuchte Entwendung von ungewissem Betrage einen Rückfall in den Diebstahl zu begründen geeignet sein würde. Ein solches Ergebniß möchte unseres Erachtens dem Willen des Gesetzes kaum entsprechen.

Es darf daher nicht Wunder nehmen, wenn die Annalen XX. 18 die Praxis in diesem Punkte als schwankend darstellen. D. R.

IV.

Thatbestand des vollendeten Betrugs gegen Gläubiger.

§. 465 St.G.B.

Bekk in den Anmerkungen zum Gesetz vom 5. Febr. 1851 zu §. 2 S. 2 und 3 und

v. Kettenacker in den Annalen XVIII. S. 411.

fordern zur Vollendung des Betrugs gegen Gläubiger das wirkliche Eintreten der Verkürzung oder Beschädigung der Gläubiger, so daß beim Mangel dieses Erfordernisses nach §. 106. ff. St.G.B. nur die Strafe des Versuchs erkannt werden kann. Dagegen stellt

Häberlin, Grundsätze des Criminalrechts nach den neuen deutschen Strafgesetzbüchern Bd. IV. S. 195, 196,

die Regel auf, daß der Betrug gegen Gläubiger mit der Beendigung der betrügerischen Handlung vollendet sei, deren Anwendung auf die einzelnen Fälle von den Umständen derselben abhängt, und dem Richter überlassen bleiben muß. Und er sagt weiter: „daß für alle oder einzelne Gläubiger ein wirklicher Nachtheil bereits eingetreten sei, ist nicht nöthig. Beispielsweise ist das Verbrechen vollendet durch die Verbergung oder heimliche Zurückhaltung von Geld oder geldeswerthen Sachen, ebenso erscheint bei Schenkungen in fraudem creditorum durch die Uebergabe der Sachen der Betrug als consummirt. Wird der Betrug durch Ausstellung fingirter Schulden verübt, so ist er erst durch die gerichtliche Produktion der falschen Schuldurkunde vollendet."

Das großh. Oberhofgericht hat in mehreren Fällen, wo die verheimlichten oder beseitigten Fahrnisse wieder beigebracht und zum Vortheil der Gläubiger verwerthet, die letzteren mithin durch die betrügerische Handlung des Schuldners nicht wirklich beschädigt worden sind, den Thatbestand des vollendeten Betrugs als hergestellt anzusehen. Annalen XIX. S. 191. In anderen Fällen hat der oberste Gerichtshof außer der betrügerischen Handlung des Schuldners auch noch dessen Vermögensunzulänglichkeit, Ueberschuldung oder materielle Gantmäßigkeit als ein wesentliches Merkmal zur Vollendung des Verbrechens gefordert. Annalen XX. S. 7. In neuerer Zeit hält großh. Oberhofgericht die Verheimlichung oder Beseitigung von Vermögensstücken allein schon zum Thatbestand des vollendeten Verbrechens wieder für genügend. Es hat dies namentlich in folgendem Falle ausgesprochen:

Martin Zimmermann hatte einen Frucht- und Heuvorrath im Werthe von etwa 90 fl. aus seinem Hause entfernt und zu seinem in einem andern Orte wohnenden Bruder zur Aufbewahrung gebracht und zwar lediglich zu dem Zwecke, um die ihm von einigen Gläubigern drohende Vollstreckung zu vereiteln. Es ist jedoch eine Beschädigung der Gläubiger nicht eingetreten, indem die Vermögensgegenstände wieder beigebracht worden sind. Von dem Hofgericht des Seekreises wurde daher Martin Zimmermann nur wegen beendigten Versuchs des Betrugs gegen Gläubiger bestraft. §. 107 St G.B. Auf den blos vom Angeschuldigten hiegegen ergriffenen Rekurs bestätigte das großh. Oberhofgericht das hofgerichtliche Urtheil.

In den oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründen ist nach Anführung der thatsächlichen Momente und des Ergebnisses der Beweise gesagt:

Die hiernach als erwiesen zu erachtende Beseitigung von Vermögensstücken, um sie den Gläubigern zu entziehen, ist aber nicht blos ein beendigter Versuch eines Betrugs, sondern stellt das vollendete Verbrechen

des im §. 465 des Strafgesetzes (nach der Fassung des Gesetzes vom 5. Februar 1851) bezeichneten Betrugs eines Schuldners gegen seinen Gläubiger dar. Wenn nemlich auch durch die Untersuchung die beseitigten Gegenstände wieder ermittelt und beigeschafft worden sind, und dadurch der eingetretene Schaden wieder aufgehoben worden ist, so geschah dies doch erst, nachdem der Angeschuldigte das Verbrechen längst verübt hatte, nachdem der durch seine Handlung beabsichtigte Erfolg — die fraudulöse Verheimlichung eines Theiles seines Vermögens — und damit der Erfolglosigkeit der gegen ihn verfügten Execution vollständig eingetreten war. Vrgl. §. 105 mit §. 107 des Strafgesetzes. Der Angeschuldigte ist daher in keiner Weise beschwert, wenn das großh. Hofgericht seine That nur als beendigten Versuch angesehen und demgemäß in Hinsicht auf §. 114 des Strafgesetzes eine mildere Strafe erkannt hat, als solche für das wirkliche vollendete Verbrechen nach §. 465 in Verbindung mit den §§. 450. 430 des Strafgesetzes zu bemessen gewesen wäre. —

Diese Entscheidung scheint mir nicht richtig zu sein.

Der §. 465 steht nicht in dem Titel **XXVI.**, der von dem Diebstahl und nicht in dem Titel **XXX.**, der von der Fälschung handelt, sondern in dem Titel **XXXI.**, der von dem Betrug handelt, und es ist in §. 465 noch ausdrücklich auf §. 450, welcher die Bestimmung über den Thatbestand des Betrugs aus Gewinnsucht enthält, hingewiesen. Daraus folgt von selbst, daß bei den Verbrechen des Betrugs gegen Gläubiger nicht die Grundsätze über Diebstahl und Fälschung zur Anwendung kommen können, sondern die Grundsätze über Betrug überhaupt zur Anwendung kommen müssen. Nun ist aber allgemein anerkannt, daß der Betrug kein blos formelles, sondern ein s. g. materielles Verbrechen ist, d. h. es genügt zur Vollendung des Betrugs im engeren Sinne (im Gegensatz von falsum, Fälschung), nicht, daß die in betrügerischer Absicht vorgenommene Handlung geendigt, oder die beabsichtigte Täuschung bewirkt war, sondern es muß auch der Eintritt einer Beschädigung hinzukommen, denn weil es keine allgemeine Pflicht zur Wahrheit gibt, so kann die alleinige Täuschung noch nicht als Rechtsverletzung gelten.

Escher, die Lehre vom strafbaren Betrug und von der Fälschung S. 137 ff.

Aschbach, Commissionsbericht zum Tit. XXXI. und XXXII. des Entwurfs S. 6.

Es ist also zur Vollendung des Betrugs überhaupt, somit auch zur Vollendung des Betrugs gegen Gläubiger das wirkliche Eintreten der Verkürzung oder Beschädigung nothwendig. Es ergibt sich dieß auch unzweifelhaft aus der Geschichte und aus dem Wortlaute des §. 465. Der Regierungsentwurf dieses Paragraphen lautete nämlich im Eingange: „Ein Schuldner der seine Gläubiger betrüglich verkürzt, namentlich 1) Vermögenstheile verheimlicht" u. s. w. In der zweiten Kammer wurden aber im Eingange die Worte beigefügt „namentlich dadurch, daß er," um desto sicherer anzudeuten, daß die betrügliche Verkürzung überall selbstständig vorliegen müsse, und daß die unter Ziff. 1 und 2 erwähnten Thatsachen nicht schon für sich selbst den Thatbestand ausmachen. Vrgl. Trefurt, Commissionsbericht über die Gesetzesvorlagen: die Einführung des Strafgesetzbuchs und der Schwurgerichte, das Verfahren in Strafsachen überhaupt und das gegen Abwesende und Flüchtige insbesondere betreffend, von 1850. S. 225. 256 mit Bekk a. a. O. S. 2. Nach der Fassung des Gesetzes vom 5. Febr. 1851 lautet nun der §. 465 im Eingange folgend: „Ein Schuldner, der seine Gläubiger betrüglich verkürzt, namentlich dadurch, daß er 1) Vermögenstheile verheimlicht" u. s. w. Hiernach ist klar, daß zur Vollendung des Verbrechens des Betrugs gegen Gläubiger eine Verkürzung derselben, mit anderen Worten eine Beschädigung nothwendig ist. Deßhalb erscheint das Verbrechen des Betrugs gegen Gläubiger mit der Beendigung der betrügerischen Handlung, z. B. mit der Verheimlichung oder Beiseiteschaffung von Vermögensstücken noch nicht als consummirt, sondern es muß ein wirklicher Nachtheil für alle oder für einzelne Gläubiger bereits eingetreten sein, um die That zur vollendeten zu machen. Werden daher die verheimlichten oder bei Seite geschafften Gegenstände wieder beigebracht, so ist nach §. 105 vrgl. mit §. 107 des St.G.B. das Verbrechen nicht vollendet, sondern die That nur als beendigter Versuch des beabsichtigten Verbrechens zu bestrafen, da nicht alle zum Begriffe des vollendeten Verbrechens gehörigen Erfordernisse vorhanden sind, insbesondere der Erfolg (die Verkürzung) nicht eingetreten ist. Ebenso ist es Versuch, wenn der Schuldner Vermögenstheile zum Schein veräußert, Gegenstände von verhältnißmäßig bedeutendem Belange unentgeldlich weggibt, oder um einen auffallend niederen Preis veräußert, oder durch unrichtige Darstellung seiner Vermögensverhältnisse sich fälschlich für zahlungsunfähig erklärt, oder nach ausgebrochener Gant einzelne Gläubiger zum Nachtheil anderer begünstigt, ausstehende Forderungen verheimlicht oder erdichtete Schulden aufstellt oder anerkennt, insofern sich nachher zeigt, daß keine Vermögens Unzulänglichkeit, Ueberschuldung, oder materielle Gantmäßigkeit des Schuldners vorliegt, die Gläubiger somit keinen Schaden leiden.

Haager.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen
der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXI. No. 48. Mannheim, 25. November 1854.

I.

Mittelrheinisches Hofgericht.

Zwei Plenarbeschlüsse vom 9. November 1854.

1) Den bei Klagen gegen Militairpersonen vorgeschriebenen Vergleichsversuch, insbesondere die Wirkung desselben auf die Verjährung betreffend.

In der heutigen Plenarsitzung hat man über die Frage berathen, ob und welche Wirkung der bei Klagen gegen Militairpersonen vorgeschriebene Vergleichsversuch auf den Ablauf einer Verjährung der Klage habe?

Man hat sich dabei zu folgendee Ansicht vereinigt:

Nach §. 12 des Gesetzes vom 6. April 1854 hat derjenige, welcher vor den bürgerlichen Gerichten eine Klage gegen eine Militairperson erheben will, unter Darstellung seiner Ansprüche sich wegen eines Vergleichsversuches vorerst an das Commando zu wenden.

Wird von hier an innerhalb vierzehn Tagen kein Vergleich versucht, oder kein solcher zu Stand gebracht, so steht der Klage kein Hinderniß mehr im Wege.

Nach L.R.S. 2245 unterbricht die Vorladung zur Güte die Verjährung, insofern eine Vorladung aus Recht in der gesetzlichen Zeit nachfolgt. Diese Zeit ist in dem hier nicht geltenden code de proc. civ. bestimmt.

Unsere Gesetze enthalten aber von einer solchen Bestimmung nichts. Da also die Bedingung, an welche der S. 2245 die Verjährungsunterbrechung knüpft, nie eintreten kann, so ist der S. 2245 hier ohne praktische Bedeutung, d. h. es wird die Vorladung zur Güte die Verjährung nie unterbrechen.

Auch der Abschnitt des L.R. über den Stillstand der Verjährung (S. 2251 — 2259) findet keine Anwendung, indem die Zeit, welche zum Güteversuch nöthig ist, unter den dort erwähnten Klagehinderungen nirgends aufgeführt ist, und diese Klagehinderungen überdieß alle von anderer Natur sind, als die in Frage stehende, auf diese also keine rechtsähnliche Anwendung zulassen.

Ohnehin dauert das im Güteversuch vor dem Commando liegende Hinderniß nie länger als 14 Tage, was im Verhältnisse zur Verjährungszeit immerhin eine kurze Zeit ist. Dem Kläger bleibt unbenommen, den Güteversuch so frühzeitig einzuleiten, daß dadurch die Anbringung der Klage und Einhändigung der Ladung (Pr.O. §. 284 Ziff. 7) nicht über den Ablauf der Verjährungszeit hinausgeschoben wird.

Das Gesetz gibt ihm die Verjährungsfrist nicht zum Güteversuch, sondern zur Klagerhebung; er hat daher dasjenige, was der Klagerhebung vorausgehen muß, so frühzeitig zu besorgen, daß die Klage selbst vor Ablauf der Verjährungsfrist noch erhoben, und die Ladung behändiget werden kann.

Sicher hat das Gesetz, wenn es im Interesse des Militairs ein Güteversuch vorschrieb, die Militairpersonen nicht dadurch benachtheiligen wollen, daß ihnen gegenüber die allgemein gesetzliche Verjährungszeit verlängert werde.

gez. Bekk.

---

2) Das Gesetz vom 21. Februar 1851, die Ernährung unehelicher Kinder betreffend.

Sämmtlichen Bezirks- (Ober) Aemter wird folgendes zur Kenntnißnahme mitgetheilt:

Bei Auslegung und Anwendung obigen Gesetzes hat sich der Zweifel erhoben:

a) ob die im §. 5 Abs. 3 bestimmte Erlöschung des Klagrechts mit Ablauf eines Jahres von der Ge-

burt des Kindes an gerechnet, als eine Verjährung zu betrachten sei, der Richter dieselbe also nach S. 2219a und S. 2223 nur dann zu berücksichtigen habe, wenn der Beklagte die Einrede der Verjährung vorschütze, oder

b) ob es sich nur um eine Nothfrist zur Klaganstellung handle, deren Einhaltung in der Klage selbst zu begründen sei, und bei deren Abgang der Richter die Klage als unstatthaft sofort zu verwerfen habe?

Bei der heutigen Plenarberathung dieser Frage ist man zu der Ansicht gelangt, daß das Gesetz eine Nothfrist zur Klaganstellung und nicht eine Verjährung festsetze.

Obgleich nämlich bei der Unterscheidung zwischen erlöschender und erwerbender Verjährung der Ausdruck „erlöschen" auch bei der Verjährung gebraucht wird, so bedient sich doch das Landrecht nirgends, wo von der Verjährung die Rede ist, des Ausdrucks „Erlöschen des Klagrechts." Es spricht nur von „Verjährung" oder „Versitzung" (S. 2219. 2219a. 2243 flgde.), und in den Sätzen 2262. 2271 flgde. sagt es, daß und wann die Klagen verjähren.

Da wo aber das Klagrecht selbst vom Gesetze als bereits erloschen erklärt ist, kann der nur von der Verjährung geltende Satz 2223 keine Anwendung finden, und eine erloschene Klage kann vom Richter nicht mehr angenommen werden.

Dazu kommt, daß es bei Erlassung des Gesetzes vom 21. Februar 1851 unzweifelhaft die Absicht war, die Klagen auf Ernährung unehelicher Kinder wegen der ehreverletzenden Natur des Klaggrundes thunlichst zu beschränken, so daß der Beklagte nach Ablauf einer bestimmten Frist in einen solchen Rechtsstreit gar nicht mehr soll verwickelt werden können, was hier um so wichtiger ist, als die neue Pr.Ord. im §. 317 die Verjährung (wahrscheinlich wegen der dabei oft vorkommenden Verhandlungen über eine Unterbrechung 2c.) gar nicht mehr als prozeßhindernd anerkennt, der Beklagte sich also auf den Klaggrund (Beischlaf) einzulassen hätte.

Gerade um den Beklagten mit jeder Verfolgung dieser Art nach Ablauf der Frist zu verschonen, hat das Gesetz das Klagrecht selbst mit Ablauf eines Jahres für erloschen erklärt.

Hiernach ergibt sich nun

1) wenn in der Klage der Tag der Geburt des unehelichen Kindes angegeben, und demnach zur Zeit der Einreichung der Klage das Jahr abgelaufen ist, so wird die Klage, ohne Ladung zu erkennen, nach §. 283 der Pr.Ord. sogleich als nicht stattfindend verworfen.

2) Ist der Tag der Geburt des Kindes nicht angegeben, so ist der Kläger nach §. 281 zur nachträglichen Angabe desselben aufzufordern.

3) Ist die Klage innerhalb Jahresfrist beim Gericht angebracht, so ist sie noch statthaft, wenn gleich die Einhändigung der Ladung nicht mehr vor Ablauf der gesetzlichen Jahresfrist erfolgen sollte, wie dies nach §. 284 Zf. 7 bei einer Verjährung erforderlich wäre. Eben weil es sich nicht um eine Verjährung, sondern um die Zulässigkeit der Klage nach Ablauf einer vom Gesetz bestimmten Frist handelt, ist dem Gesetze genügt, wenn nur die Klage innerhalb dieser Frist angebracht ist.

Aus diesen Gründen können aber auch

4) die Bestimmungen des Landrechts über Unterbrechung oder Stillstand der Verjährung keine Anwendung finden, indem es nur allein darauf ankommt, ob die Klage innerhalb der festgesetzten Jahresfrist angebracht wurde.

gez. Bekk.

II.

1) **Die Beschränkung der Kauf-, Minderungs- oder Umstoßungs-, oder Mehrungsklage auf die Zeit eines Jahres, vom Tage des Kaufabschlusses an (L.R.S. 1622), bezieht sich nicht allein auf die in L.R.S. 1617—1619 eingeräumten, sondern auch auf die zufolge eines besonderen Vertragsgedings angestellten Klagen dieser Art.**

2) **Diese Beschränkung erfaßt auch die Klagen auf Zurückforderung des Mehrbetrags des Kaufpreises.**

3) **Die Zeitbestimmung des L.R.S. 1622 ist keine Verjährung, sondern eine Klagefrist.**

4) Die Versäumniß solcher Klagefristen hat das Gericht nicht erst in Folge einer Einrede, sondern von Amtswegen zu berücksichtigen.

Der thatsächliche Sachverhalt und die rechtliche Ausführung der obigen Sätze findet sich in den nachstehenden, dem Urtheile des mittelrheinischen Hofgerichts vom 20. Oktober l. J., J. S. Leppert gegen Metzger beigefügten

Entscheidungsgründen.

Nach dem vorliegenden Kaufbriefe hat der Beklagte am 27. Juni 1844 dem Erblasser der Kläger ein Drittel an einem halben Tauen Matten (was nach dem neuen Maß 48 Ruthen ausmacht) um 160 fl. verkauft und das Gütermaß gewährt. Diese Bezeichnung des Vertragsgegenstandes nach dem Maßgehalt und das Geding der Gewährleistung des Maßes legten zufolge L.R.S. 1616. 1619 dem Beklagten die Verbindlichkeit auf, dem Käufer für jedes, auch noch so geringe Mindermaß der verkauften Wiese zu haften. Somit waren die Kläger allerdings berechtigt, wegen des nach ihrer Behauptung fehlenden Maßes von 16 Ruthen die Zurückerstattung des verhältnißmäßigen Theils des bezahlten Kaufpreises zu verlangen.

Allein sie haben diesen Anspruch erst im Jahr 1853 vor Gericht geltend gemacht, mithin lange nach Ablauf des durch L.R.S. 1622 bezeichneten Zeitraums, und so fragt es sich, ob diese gesetzliche Bestimmung auf den vorliegenden Fall Anwendung finde. Dort ist gesagt, daß des Verkäufers Klage auf Ergänzung des Kaufpreises wegen vorhandenen Uebermaßes, und jene des Käufers auf Verminderung oder auf Umstoßung des Vertrags wegen des Mindermaßes in Jahresfrist, vom Tage des geschlossenen Kaufs an, erlöscht.

Nun sind manche Ausleger der Ansicht, daß sich dieß nur auf die Klagen beziehe, welche das Gesetz selbst in Satz 1617 bis 1619 einräume (Zachariä V. Aufl. Bd. II. §. 354 Note 28. Gilbert code ann. Note 4 zu Art. 1622). Andere dagegen und namentlich die neuere Praxis dehnen den Satz 1622 auch auf den Fall aus, wenn die bezeichneten Klagen sich auf ein besonderes Geding des Kaufvertrags gründen. (Gilbert a. a. O. Note 2 und 3 und die dort angeführten Schriftsteller). Die letztere Meinung verdient aber entschieden den Vorzug, denn Satz 1622 unterscheidet nicht zwischen einzelnen möglichen Grundlagen dieser Klagen, mithin darf der Richter auch nicht einen solchen Unterschied in das Gesetz hineintragen. Ferner ist am Ende von L.R.S. 1619 die Zulässigkeit von Vertragsbestimmungen wegen des Ueber- und Mindermaßes ausdrücklich erwähnt, und wenn daher in dem bald darauf folgenden Satz 1622 die durch solche Verhältnisse entstehenden Klagen ganz allgemein an einen bestimmten Zeitraum gebunden werden, so rechtfertigt dieß den Schluß, daß der Gesetzgeber dabei nicht allein die Fälle der gesetzlichen, sondern auch der vertragsmäßigen Haftbarkeit im Auge gehabt hat. Endlich ist auch kein Grund zu einer verschiedenen Behandlung dieser ihrem Wesen nach gleichen Klagen ersichtlich.

Neuerlich hat man (vrgl. die von Anschütz bei Note 25 in Zachariä a. a. O. mitgetheilte Entscheidung) die Klage auf Rückforderung des Mehrbetrags des Kaufpreises von der Vorschrift des L.R.S. 1622 ausnehmen wollen, allein gewiß mit Unrecht, da diese Klagen jenen auf Minderung des unbezahlten Kaufpreises ganz gleichstehen, und es sonst dem Käufer leicht möglich wäre, durch Bezahlung des Kaufpreises sich der Beschränkung des L.R.S. 1622 zu entziehen. Ist selbst des Käufers Klage auf Umstoßung des Vertrags jener kurzen Frist unterworfen, so muß dieß um so mehr von dem geringeren und hierin begriffenen Rechte der Zurückforderung des Mehrbetrags des bezahlten Kaufpreises gelten.

Demnach hätte die vorliegende Klage auf Gewährleistung wegen des angeblichen Mindermaßes gegen den Beklagten innerhalb Jahresfrist, vom 27. Juni 1844 an gerechnet, angestellt werden sollen, und ist, weil dieß nicht geschah, jetzt nicht mehr zulässig. Zwar hat sich der Beklagte auf diese Verspätung der Klagerhebung erst im zweiten Rechtszuge berufen, dessenungeachtet sind ihm aber die Kosten der Appellationsverhandlungen nicht zuzuscheiden. Die Zeitbestimmung in L.R.S. 1622 ist nemlich keine Verjährung, sondern eine Frist, deren Versäumung der Richter auch ohne Antrag der Parteien von Amtswegen zu berücksichtigen hat, so daß bezüglich jener Kosten nicht P.O. §. 1175, sondern §. 168 maßgebend ist.

Obwohl die betreffende Stelle in unserem Landrechte lautet: „erlöscht in Jahresfrist“, was eher für die Einführung einer wahren Verjährung zu sprechen scheint, so hat doch der badische Gesetzgeber nirgends seine Absicht kundgethan, hiermit die Bestimmung des französischen Urtextes abzuändern (namentlich erwähnt Brauer in seinen Erläuterungen hierüber gar nichts), so daß man

zur Lösung von Zweifeln auf diesen zurück greifen darf*). Der Code Napoléon bedient sich aber des Ausdrucks „doivent être intentées“, wodurch offenbar eine gesetzliche Nothfrist festgesetzt ist. Wegen dieser ihrer rechtlichen Natur wird die Zeitbestimmung unseres Satzes ohne allen Anstand gegen Minderjährige und andere hinsichtlich der Verjährung bevorrechtete Personen angewendet. (Zachariä a. a. O. Note 25. Gilbert a. a O. Note 1) Daß endlich eine derartige Frist nicht, wie in den oberhofger. Jahrb. n. F. Bd. X S. 223. 224 behauptet wurde, bezüglich ihrer prozessualischen Wirksamkeit einer Verjährung gleichsteht, und vielmehr deren Versäumniß kraft Gesetzes und unabhängig von dem Vertrage einer Einrede dem Klagrecht ein Ziel setzt, ergibt sich aus dem Wesen einer Nothfrist. Pr.O. §. 242. 244. Abs. 2. §. 1165. 1216. 714. Zf. 3. — Zachariä Bd. I. §. 209. lit. b. **)

Aus diesen Gründen erscheint Appellant durch das unterrichterliche Urtheil beschwert, und müssen die Kläger mit der erhobenen Klage abgewiesen, sowie in die Kosten beider Rechtszüge verfällt werden.

Dr. Puchelt.

*) Vergleicht man die Fassung des Satzes 1622 mit der Sprache des Landrechts im Titel von der Verjährung (III. Buch XX. Titel), so wird man geneigt, in demselben die Bestimmung einer Nothfrist zu finden; dagegen führt die Berücksichtigung der Gesetzesstellen, wo eine Klagefrist vorgeschrieben ist (L.R.S. 1167 a. 2279 Abs. 2. P.O. §. 714 Z. 3. Annalen XX. S. 327. 360. Oberhofg. Jahrb. n. F. Bd. X. S. 223) wieder mehr zu der Ansicht, daß Satz 1622 eine erlöschende Verjährung enthalte. Beiläufig sei bemerkt, daß das Register zu den ersten amtlichen Ausgaben des Landrechts ebenso wie jenes der neuesten Ausgabe vom Jahr 1854, unter dem Wort „Verjährung“ sowohl den Satz 1622, als auch die Sätze 1167 a. 2279 Abs. 2 aufführt. Fast gleichlautend mit unserm Satz drückt sich §. 5 des Gesetzes über die Ernährung unehelicher Kinder (Regierungsblatt 1851 No. XV.) aus: „Ebenso erlöscht das Klagrecht mit Ablauf eines Jahres, von der Geburt des Kindes an gerechnet.“

Der Eins.

**) Ebenso das großh. Hofgericht des Seekreises in der von mir mitgetheilten Entscheidung. Annalen XX. S. 327.

Der Eins.

III.

Die Bestimmung der §§. 388 — 391 des Strafgesetzbuchs über die Ausschließung und Beschränkung der strafrichterlichen Verfolgung gewisser Entwendungen finden dann keine Anwendung, wenn der Dieb wußte, daß die entwendete Sache, welche sich in der Innhabung einer der dort genannten Personen befand, nicht dieser, sondern einem Dritten gehöre.

Johann Kopf hatte mittelst Einsteigens und gewaltsamen Erbrechens eines Schrankes seinem Oheim 50 fl. baares Geld entwendet. Beide lebten nicht in derselben Haushaltung, und es hatte der Bestohlene ausgesagt, daß er das Geld dem Großvater des Angeschuldigten (welcher des Bestohlenen Vater ist) in Verwahrung gegeben habe, indem er, der Bestohlene, bei diesem wohne und daß der Großvater es in den Schrank gelegt habe, aus dem es entwendet wurde. Uebrigens hatte der Bestohlene auch noch erwähnt, daß er kurz vorher das Geld gezählt habe.

Da weder der Bestohlene, noch der Großvater Anzeige gemacht hatte, auch der erste sogar erklärte, daß er keine gerichtliche Bestrafung des Angeschuldigten wünsche, so warf sich die Frage auf, ob im Hinblicke auf St.G.B. §. 389 ein gerichtliches Einschreiten zulässig sei? Die Minderheit verneinte dieß nach dem Wortlaute des §. 376 St.G.B. und der Absicht des §. 389 St G.B. Die Mehrheit dagegen war anderer Meinung, indem sie ein Geständniß des Angeschuldigten in seinem ersten summarischen Verhöre berücksichtigte, worin er angab: „Ich wußte, daß mein Oheim in einer Schweinsblase, die in seinem Schranke lag, sein Geld aufbewahrt hatte.“ Das Weitere enthalten die nachstehenden

Entscheidungsgründe.

Zwar lag das entwendete Geld zur Aufbewahrung in dem Schranke des Großvaters des Angeschuldigten, allein der Letztere wußte, wie er in seinem ersten Verhöre anführte, daß es seinem Oheim gehöre, welcher bei dem Großvater lebt und wohnt, mithin hat er in Wirklichkeit und nach seiner eigenen Absicht nicht seinen Großvater sondern seinen Oheim bestohlen.

Demnach und da dieser Oheim, ein Seitenverwandter des Angeschuldigten, mit diesem nicht in derselben Haushaltung lebt, liegt kein nur auf Anzeige zu unter-

suchender Familiendiebstahl, im Sinne von §. 389 St.-G.B. vor, sondern ein gewöhnlicher Diebstahl, dessen Untersuchung und Bestrafung von Amtswegen geschehen muß.

Wollte man auch den Großvater des Angeschuldigten als Aufbewahrer und Inhaber des Geldes ansehen, so stände dies der obigen Ansicht nicht entgegen. Obwohl in §. 376 St.G.B. das entscheidende Gewicht auf die Inhabung gelegt wird, so ist dieß doch nur eine allgemeine Begriffsbestimmung, wodurch nicht ausgeschlossen werden wollte, daß die Frage nach dem wirklichen Beschädigten und wahren Eigenthümer der entwendeten Sachen geprüft wird, wenn besondere Verhältnisse dieß erfordern. So ist es klar, daß die Entwendung einer eigenen Sache niemals einen Diebstahl bildet (§. 376 „fremden"), und daß sie überhaupt nur unter den Voraussetzungen der §§. 279. 464 St.G.B., strafbar ist. Mithin ist ungeachtet jener Begriffsbestimmung vorkommenden Falls nicht die Inhabung, sondern das Eigenthum und der juristische Besitz maßgebend *). Ebenso verhält es sich mit den ausnahmsweisen Vorschriften der §§. 388—391, alsdann, wenn der Thäter wußte, daß die entwendete Sache nicht dem, zu den dort genannten Personen gehörigen, Inhaber, sondern einem andern gehört, und er sowohl nach dem wirklichen Sachverhalt als auch zufolge seiner eigenen Willensrichtung keinen Anspruch auf jene gesetzliche Vergünstigung hat.

Urtheil des großh. Hofgerichts des Mittelrheinkreises J. U. S. gegen Kopf.)

IV.

Ueber die Anweisungen an Zahlungsstatt.

1) Da durch L.R.S. 2010h dem Empfänger einer Anweisung an Zahlungsstatt Eigenthumshandlungen bezüglich der angewiesenen Forderung nicht untersagt sind, sondern denselben für ihn nur die Folge beigelegt wird, daß nun die Anweisung als Rechtsüberweisung oder unbedingte Zahlung (vgl. L.R.S. 2010g) gilt, so ist durch L.R.S. 2010h die Verfügungsgewalt des Empfängers nicht beschränkt, vielmehr kann derselbe nach seinem Belieben mit der angewiesenen Forderung schalten und walten, aber er thut es auf seine Gefahr, denn jede Handlung, welche unter die Bestimmung von L.R.S. 2010h fällt, bewirkt das Erlöschen seiner Forderung an den Anweiser, und entzieht ihm also das Recht des Rückgriffs auf diesen, welches er sonst nach L.R.S. 2010g gehabt hätte, wenn er aus der angewiesenen Forderung keine Befriedigung erlangte.

In der Sache Schmid gegen Bührer war die Sachberechtigung des Klägers durch die Behauptung angefochten worden, daß der Cedent des Klägers nicht Eigenthümer der eingeklagten Forderung, sondern nur Anweisungsempfänger gewesen sei. Das großh. Hofgericht des Mittelrheinkreises sprach jedoch in Anwendung der obigen Grundsätze aus, daß nicht, wie auch der Unterrichter angenommen hatte, eine Cession deßhalb ungültig sei, weil der Cedent die cedirte Forderung nur durch eine Anweisung an Zahlungsstatt von Seiten des ursprünglichen Eigenthümers erhalten hatte, sondern daß vielmehr diese Cession dessenungeachtet rechtswirksam sei, und gemäß L.R.S. 2010h dem Cedenten sowohl zu seinem Vortheil als auch (wegen der dadurch herbeigeführten Erlöschung seiner Forderung an den Anweiser) zu seinem Nachtheil die Rechte eines Eigenthümers verliehen habe, mithin der Kläger als sachberechtigt erscheine.

(Urtheil vom 28. Oktober l. J.)

2) In demselben Rechtsstreite wurde auch eingewendet, daß nach stattgehabter Anweisung der Empfänger Schuldner des Anweisers geworden sei, also durch Wettschlagung aufgehört habe, ein Gläubiger des Anweisers zu sein, und daß auf Grund dieses Verhältnisses der Anweiser die Anweisung widerrufen habe. Diese Einrede wurde jedoch als unbegründet verworfen, weil darin die zufolge des Eingangs von Satz 2010f in Verbindung mit L.R.S. 2010i (Trefurt zu Zachariä S. 308 Zf. 3) weiter nothwendigen Behauptungen fehlten, nemlich, daß entweder der Anweisungsempfänger zu diesem Widerrufe eingewilligt hat, oder daß der Widerruf vor der unbestrittenen Annahme der Anweisung durch den Beklagten — bewirkt, und dessen Grund dabei ausdrücklich bemerkt worden ist.

Durch Annahme der Anweisung tritt nemlich der Anweisungszähler gegen den Anweisungsempfänger in eigene Vertragsverbindlichkeiten (L.R.S. 2010f), mithin kann

*) Einen weiteren Anhaltspunkt für diese Meinung gewähren die Fälle, in denen Diebstahl, und nicht Unterschlagung angenommen wurde, obwohl sich die entwendete Sache in der thatsächlichen Inhabung des Diebs befand. Annalen XXI. S. 192. 320.

Der Einf.

nicht eine einseitige Handlung des Anweisers, sondern nur ein Uebereinkommen des Anweisers mit dem Empfänger die Verbindlichkeiten des Zählers aufheben.

Sobald demnach der Zähler die Anweisung angenommen hat, ist deren Widerruf durch den Anweiser nur dann zulässig, wenn der Empfänger dazu einwilligt. (L.R.S. 2010i). Selbst in dem Falle, wenn eine solche Annahme nicht oder noch nicht stattgefunden hat, ist durch denselben Satz der Empfänger einer Anweisung an Zahlungsstatt insofern geschützt, daß auch dann seine Einwilligung zu dem Widerrufe nothwendig ist. Nur die Ausnahme von dieser Regel ist zum Besten des Anweisers gestattet, daß er, solang der Zähler nicht angenommen hat, die Anweisung auch ohne Einwilligung des Empfängers widerrufen kann, wenn der Empfänger inzwischen (d. h. nach der Zeit der Anweisung) durch angenommene Zahlung, Wettschlagung, oder sonst aufgehört hat, Gläubiger des Anweisers zu sein; übrigens muß zur Sicherung des Zählers dieser Grund der Zuläßigkeit des einseitigen Widerrufs ausdrücklich in dem Widerrufe bemerkt sein.

Erwähnt mag hier werden, daß in der Annahme der Zahlung der ursprünglichen Forderung und in dem Eingehen auf den Vorschlag einer Wettschlagung unter Umständen eine die wörtliche ersetzende, stillschweigende Einwilligung des Empfängers in den Widerruf der Anweisung gefunden werden darf (L.R.S. 1108a und ff.), sowie daß der doppelte Einzug seines Guthabens durch Annahme der Zahlung und durch Realisirung der Anweisung den Empfänger zum Rückersatz des Ersten verpflichten wird. (L.R.S. 1235. 1367).

Schon Trefurt a. a. O. sagt, daß L.R.S. 2010i in dem Worte „Schuldner" einen irrthümlichen Ausdruck enthält, welcher durch „Gläubiger" ersetzt werden muß.

Dieß hat auch der Gerichtshof in seiner obigen Entscheidung anerkannt, und obwohl hier, da auch die neueste Ausgabe des Landrechts v. J. 1854 das Wort „Schuldner" hat, nicht sowohl ein Druckfehler, als ein im Original selbst enthaltenes Versehen vorliegt, so kann die Zuläßigkeit und Nothwendigkeit der Lesart „Gläubiger" nicht bezweifelt werden, denn sonst hat jene Gesetzesstelle keinen Sinn, wie der erste Blick in dieselbe zeigt.

3) Die von Faller Annalen XVIII. S. 43 vertheidigte und gewiß richtige Ansicht, daß L.R.S. 2010l auf die Anweisungen an Einzugsstatt zu beschränken, und der Empfänger einer Anweisung an Zahlungsstatt zur gerichtlichen Betreibung der angewiesenen Forderung auch ohne besonderes Geding berechtigt ist, steht bei dem mittelrheinischen Hofgerichte in unbestrittener Rechtsübung. Es folgt dieß schon aus der obigen Ausführung unter Zff. 1 und wurde erst neuerlich wieder bei Erlassung der Beweisauflage J. S. Herbolzheim gegen Stapf (Erkenntniß vom 18. Nov. l. J.) ausdrücklich anerkannt, wobei zur Rechtfertigung nur kurz auf das für Zusätze sehr erhebliche Zeugniß von Brauer (Bd. III. S. 720), auf den Inhalt von L.R.S. 2010h und darauf hingewiesen wurde, daß nach der Stellung einzelner Sätze des Kapitels V. Satz 2010l nur auf die Anweisungen an Einzugsstatt Bezug habe.

Dr. Puchelt.

V.

Beeidigung von Zeugen in Strafsachen.

Es kommt nicht selten vor, daß Untersuchungsrichter von der Beeidigung von Zeugen deßhalb Umgang nehmen, weil sie früher Verbrechen begangen, insbesondere schon Zuchthausstrafen erstanden haben.

Selbst bei schwurgerichtlichen Verhandlungen ergaben sich deßfallsige Anstände. Es dürften daher über diese wiewohl einfache Frage einige Worte am Platze sein.

Der §. 2 der Eidesordnung vom 24. Mai 1802, welcher das Verbot der Beeidigung „verleumdeter" Personen enthält, ist durch die neue Strafgesetzgebung beinahe gänzlich aufgehoben, indem nach §. 508 des St.-G.B. die Verurtheilung wegen Meineides, in sofern der Schuldige von Zuchthaus- oder von Arbeitshaus-Strafe getroffen wird, zugleich die Unfähigkeit zum Eide und zum gerichtlichen Zeugnisse nach sich zieht, hieraus aber per argumentum a contrario, da diese Folge im neuen Strafgesetz weder mit einem andern Verbrechen, noch mit einer Strafe (§. 171 St G B.) verbunden wird, folgt, daß jeder Verbrecher, welcher nicht wegen Meineids zu einer der erwähnten Strafen verurtheilt wurde, eidesfähig ist, indem dieß endlich zudem im §. 23 des St.G.B. ausdrücklich mit dem Beisatz ausgesprochen ist, auf jene Folge, damit sie eintrete, im Strafurtheil erkannt werden müsse. Mit diesen Bestimmungen steht der durch den §. 24 des Einführungsgesetzes in das Leben gerufene XIII. Titel der Strafprozeßordnung im

Einklang. Der §. 153 desselben stellt als Regel auf, daß jeder Zeuge vor der Vernehmung zu beeidigen sei.

Die Ausnahmen von dieser Regel sind in §§. 149. 155. 157 der St.P.O. aufgeführt. Der erste Paragraph bezieht sich auf Verwandte des Angeschuldigten, der zweite auf muthmaßliche Theilnehmer an dem Verbrechen, der dritte auf Eidesunmündige und in Folge eines gerichtlichen Urtheils für eidesunfähig erklärte Personen.

Ein solches Urtheil kann aber, wie bereits ausgeführt, nur wegen Meineides ergehen. Es ist daher in allen anderen Fällen, mag der Zeuge auch noch so viele und schwere Strafen erlitten haben, die Beeidigung vorzunehmen.

v. Hillern.

VI.

Die im Zollgrenzbezirke wohnenden Kaufleute sind verpflichtet, dem Untersuchungsrichter zum Zwecke der Ermittlung einer Zolldefraudation die Einsicht ihrer Handelsbücher zu gestatten.

In der Untersuchung gegen Pastetenbäcker H. von Kehl wegen einer sehr bedeutenden Eingangszollunterschlagung war es erheblich, zu wissen, an welche Personen der Angeschuldigte Waaren versendet habe. Da seine eigenen Handelsbücher in Straßburg lagen und nicht zugänglich waren, und es sich herausstellte, daß er seine Versendungen durch Vermittlung eines Speditionshauses in Kehl (also im Grenzbezirke) bewirkt habe, so gab das Amt diesem Spediteur auf, die Einsicht seiner Bücher zu gestatten, um daraus die nöthigen Erhebungen zu machen. Dieser weigerte sich dessen und ergriff, als es ihm nunmehr unter Strafandrohung befohlen wurde, das Rechtsmittel der Beschwerdeführung, allein er wurde damit von dem großh. Hofgericht des Mittelrheinkreises durch Erkenntniß vom 17. November l. J. abgewiesen. Dabei ging der Gerichtshof von folgenden Grundsätzen aus:

Nach §. 5 Zf. 5 des Einf.Ges. müsse die Zollstrafgesetzgebung aufrecht erhalten werden, und könne daher durch abweichende Bestimmungen der St.Pr.O. keine Beeinträchtigung erleiden. Wenn nun auch der §. 134 d. St.Pr.O. die Durchsuchung von Papieren bei Vergehen die nur durch Geldstrafen (wie die vorliegende Defraudation) oder mit Amtsgefängniß bedroht sind, untersage, so sei dieß hier nicht maßgebend. §. 89 der Zollordnung (Reg.-Bl. 1837 No. XXX. S. 259) mache es nemlich den Kaufleuten im Grenzbezirke (also gemäß H.R.S. 1 auch den Spediteuren) zur Pflicht, bezüglich aller aus dem Auslande bezogenen, und der aus dem Inlande empfangenen Waaren ein Handelsbuch zu führen. Dieß könne nur den Zweck haben, die Entdeckung von Defraudationen durch Einsicht dieser Bücher zu ermöglichen, und mithin müsse der Beschwerdeführer diese Einsicht auch gestatten, zumal bereits gegründeter Verdacht einer Eingangszolldefraudation vorhanden sei. (Vrgl. H.R.S. 15 und §. 388 der bürgerlichen Pr.O.)

Dr. Puchelt.

VII.

Fristenverlängerung zur Ausführung des Rekurses und Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bei versäumten Fristen.

Oberhofg. Jahrb. n. F. V. S. 18. VIII. S. 11.

Nach §. 12 des Rekursgesetzes vom 3. August 1837, Reggsbl. No. 25, findet eine Verlängerung der Frist zur Ausführung des Rekurses und zur weiteren Vertheidigung, sowie eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bei versäumten Fristen, nur aus erheblichen und hinreichend bescheinigten Gründen statt. Diese Vorschrift wurde bisher nicht sehr strenge gehandhabt. In neuerer Zeit scheint man aber dieselbe etwas strenger nehmen zu wollen *). So wurde kürzlich vom großh. Oberhofgericht in der Untersuchungssache gegen Blasius Riede wegen Urkundenfälschung der Rekurs als unstatthaft verworfen.

Entscheidungsgründe des großh. Oberhofgerichts.

In Erwägung, daß der Rekurs gegen das am 23.

*) Die Entscheidung der Frage: ob die Gründe erheblich und hinreichend bescheinigt sind? hängt von dem richterlichen Ermessen ab, welches sie nach Umständen in dem einen Fall bejahen und in dem andern verneinen kann, ohne daß sich behaupten läßt, es werde die gesetzliche Vorschrift grundsätzlich bald milder, bald strenger angewendet. D. R.

Juni dſs. J. verkündete hofgerichtliche Urtheil zwar am 27. desselben Monats angezeigt, allein erst am 1. August, sonach 13 Tage nach Ablauf der gesetzlichen Einführungsfrist gerechtfertiget worden ist;

in Erwägung, daß zwar der rekurrentische Anwalt unterm 18. Juli um Verlängerung der am 19. Juli ablaufenden Frist nachgesucht hat, dieses Gesuch aber nach §. 12 des Rekursgesetzes nur aus erheblichen und bescheinigten Gründen hätte bewilligt oder als bewilligt betrachtet werden können;

in Erwägung, daß als ein solcher Grund die Thatsache nicht gelten kann, daß es dem rekurrentischen Anwalte, welcher erst am 16. Juli mit der Rekursausführung beauftragt wurde, nicht mehr möglich war, innerhalb der übrig bleibenden 2 bis 3 Tage seinem Auftrage nachzukommen, daß vielmehr ein erheblicher Grund dazu hätte angeführt und bescheinigt werden müssen, aus welchem der Rekurrent selbst verhindert war, seinen Anwalt früher, als geschehen, zu bestellen, in dieser Beziehung jedoch nichts vorgebracht worden ist.

Aus diesen Gründen wurde, wie geschehen, erkannt.

Haager.

VIII.

Zur Auslegung des §. 221 St.G.B.

Auf die Bemerkung in No. 37 der Annalen dieses Jahrganges S. 291 in der Note, wornach der von mir in No. 19 mitgetheilte Fall sich zur Subsumtion eher unter §. 220 als unter §. 221 geeignet zu haben scheine, habe ich zu erwiedern, daß nach dem gerichtsärztlichen Gutachten, wovon der wesentliche Inhalt auf S. 148 und 149 dieses Jahrganges angeführt ist, zwar das Kind gelebt hat und lebensfähig war, aber nicht ermittelt werden konnte, ob das Kind in Folge der Hilflosigkeit bei der Niederkunft um das Leben gekommen sei oder nicht. Nach dem gerichtsärztlichen Gutachten ist nämlich der Tod des Kindes durch Schlagfluß erfolgt und es läßt sich diese Todesart theils durch den Hergang der Geburt selbst, theils durch die von der Wöchnerin angewendete Hilfe zur Beförderung desselben, theils aber auch durch den Sturz desselben aus den Geburtstheilen auf den Stubenboden in Verbindung mit der noch mangelnden Reife desselben sehr wohl erklären, ohne daß man Grund hat, eine anderweitige äußere Gewalt zur Erklärung dieser Todesursache anzunehmen.

Wahrscheinlicher, so sagt das gerichtsärzliche Gutachten, ist übrigens, daß der Tod des Kindes von dem Sturze desselben auf den Stubenboden und sodann wiewohl weniger von der zur Beförderung der Geburt von der Wöchnerin angewendeten Hilfe, als vom Hergange der Geburt herrühre. Hiernach ist es nicht gewiß, oder, wie das Gesetz sich ausdrückt, nicht ermittelt, ob das Kind in Folge der Hilflosigkeit bei der Niederkunft gestorben ist. Eben deßhalb konnte nicht der §. 220, sondern es mußte der §. 221 St.G.B. zur Anwendung gebracht werden.

Haager.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von G. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXI. | No. 49. | Mannheim, 2. Dezember 1854.

I.

Verzicht.

Verzicht des Gläubigers auf die Sammtverbindlichkeit eines Schuldners.

Verzichtet derjenige Gläubiger, welcher Einen der Sammtschuldner nur auf einen, dessen Antheil an der Schuld entsprechenden, Betrag belangt, auf die Sammtverbindlichkeit dieses Schuldners?

L.R.S. 1210. 1211.

§. 1.

Wie der Erwerb von Rechten entweder durch eine Handlung des Erwerbers vermittelt werden muß, oder einer solchen nicht bedarf (**ipso jure** geschieht, s. g. **acquisitio immediata**), so ist auch das Erlöschen eines erworbenen Rechts entweder an eine Handlung des Berechtigten geknüpft oder davon unabhängig.

Eine Handlung des Berechtigten kann den Verlust des Rechts

a) entweder unwillkührlich zur Folge haben (Verlust als Folge einer unerlaubten Handlung-Verwirkung),

b) oder wegen der Voraussetzung der Absicht des Berechtigten, das Recht aufzugeben. (Absichtlicher Verlust-Veräußerung, **alienatio.**)

Absichtliches Aufgeben eines Rechts heißt dann Verzicht *), **renuntiatio**, wenn es ohne Uebertragung des Rechts auf einen Andern geschieht.

Puchta, Pandekten §. 48.

Die Verzichtleistung ist in der Regel an keine äußere Form gebunden. *) Sie kann daher und ebenso kann die Annahme derselben sowohl ausdrücklich als stillschweigend geschehen, d. h. durch Handlungen, die den Willen, zu verzichten, bestimmt offenbaren. L.R.S. 1106 a und b.

> **La renonciation implicite ne peut résulter que d'actes qui ne laissent aucun doute sur l'intention du créancier, parce que nul n'est présumé facilement renoncer à son droit. „Nemo facile praesumitur, juri suo renunciare." L'art. 1211 du Code civil contient trois applications remarquables de ce principe.**
>
> **Rodière de la solidarité No. 148. p. 107.**

Eine Verzichtleistung ist, wie im Zweifel nicht zu vermuthen, so auch, wenn sie geschehen ist, buchstäblich auszulegen.

Zachariä fr. Civ.Recht §. 324 5. Auflage Bd. II. S. 294. (Vrgl. unten L.R.S. 1210).

---

*) Nach Zachariä bezieht sich die Verzichtleistung im weiteren Sinne

a) entweder auf das Recht selbst, oder

b) auf die gerichtliche Verfolgung eines Rechts.

Jene nennt er die Verzichtleistung in der engern Bedeutung, diese die Entsagung auf den Rechtsstreit. (§. 773 Pr.O.)

Der Verzicht in der engern Bedeutung ist nach Zachariä's Eintheilung

a) entweder der Erlaß einer einseitigen Schuldforderung:

b) oder ein Verzicht in der engsten Bedeutung, welcher ein anderes Recht als eine Schuldforderung, z. B. ein dingliches, zum Gegenstande hat.

Zachariä, fr. Civ.R. §. 334. 5. Aufl. Bd. II. S. 294.

*) Ausnahmsweise ist bei Ausschlagung einer Erbschaft nach L.R.S. 784 und bei der Entsagung der Ehefrau auf die Gütergemeinschaft nach L.R.S. 1457 eine bestimmte Form der Beurkundung vorgeschrieben.

Die Theilbarkeit der Obligationen ist die vorherrschende Regel.

Savigny, ObligationenRecht §. 16. Note b. Bd. I. S. 137.

Auch beim Eingehen einer Correalverbindlichkeit übernimmt dem Wesen nach jeder Schuldner eine eigene Schuld zu einem Kopftheile und leistet daneben für den Kopftheil des Mitschuldners Bürgschaft.

Die Absicht der Mitschuldner und ihr Verhältniß unter sich kann nur in dieser Weise gedacht werden.

Savigny, ObligationenRecht §. 22. Band I. S. 223. 224.

Unter den Schuldnern ist ihre Sammtverbindlichkeit gegen den Gläubiger kraft Gesetzes getheilt; sie sind unter sich Jeder nur für seinen Antheil gehalten mit Ausnahme des Falls, daß die Schuld, wofür alle Schuldner sammtverbindlich eingetreten sind, nur für Einen von ihnen aufgenommen worden ist. In einem solchen Falle muß dieser Einzelne für die ganze Schuld seinen Mitschuldnern haften, welche in Beziehung auf ihn nur als seine Bürgen zu betrachten sind.

L.R.S. 1213. 1214. 1216.

Dagegen haftet jeder Einzelne von mehreren Sammtschuldnern dem Gläubiger für das Ganze der Verbindlichkeit, der Gläubiger hat also das Recht, von Jedem derselben nach Belieben die Zahlung der ganzen Schuld zu fordern und anzunehmen, oder gegen Jeden derselben nach Belieben die ganze Forderung gerichtlich geltend zu machen und sämmtliche Schuldner haben dem Gläubiger gegenüber die Pflicht, Einer wie der Andere für die ganze Schuld einzustehen.

L.R.S. 1200. 1203. 1204.

Die Sammtschuld kann jedoch nicht nur in der Art getheilt werden, daß sie

entweder an jeden einzelnen Schuldner nur zum Theil gefordert oder von jedem einzelnen Schuldner nur zum Theil gezahlt wird;

oder von jedem einzelnen Gläubiger nur zum Theil gefordert oder an jeden einzelnen Gläubiger nur zum Theil gezahlt wird;

Savigny a. a. O.

sondern auch dadurch theilweis aufgehoben werden, daß der Gläubiger auf die Sammtverbindlichkeit eines Einzelnen der Schuldner verzichtet.

Es steht dem Gläubiger frei, die Sammtschuld zu theilen, d. h. sie in eine nach den Köpfen getheilte Schuld zu verwandeln.

Jedoch ist im Zweifel nicht anzunehmen, daß der Gläubiger die Sammtschuld getheilt habe; auch ist, wenn der Gläubiger die Sammtschuld getheilt hat, diese Theilung durch die Auslegung möglichst zu beschränken.

Zachariä fr. Civ.R. §. 298. 5. Aufl. Bd. II. S. 220 vor Note 26.

§. 2.

In den L.R.S. 1210. 1211 ist von dem Verzicht des Gläubigers auf die Sammtverbindlichkeit Eines der Schuldner die Rede.

„Il ne s'agit pas ici de la remise ou décharge de la dette que le créancier ferait à l'un des débiteurs, mais de la remise qu'il lui fait de la solidarité seulement. Ainsi Primus, Secundus et Tertius me doivent solidairement 12,000 fr.; et je renonce vis-à-vis de ce dernier à le poursuivre pour plus de 4000 fr.; en sorte qu'il reste toujours mon débiteur, mais pour sa part seulement, et non plus débiteur solidaire."

Marcadé cours élémentaire de droit civil. T. IV. p. 481 I. ad art. 1210.

Ueber die Zuläßigkeit eines solchen Verzichts spricht sich Pothier in folgender Weise aus:

Le droit de solidarité qu'a un créancier contre plusieurs débiteurs d'une même dette, étant un droit établi en sa faveur, il n'est pas douteux que, suivant la maxime:

„cuique licet juri in suum favorem introducto renuntiare"

un créancier majeur qui a la libre disposition de ses biens, peut renoncer au droit de solidarité. Il y peut renoncer, soit en faveur de tous les débiteurs, en consentant que la dette soit divisée entre eux; soit en faveur de l'un des débiteurs, qu'il déchargera de la solidarité contre les autres, de manière néanmoins que la décharge qu'il a donnée à l'un d'entre eux, ne puisse préjudicier aux autres.

Il peut y renoncer, soit par une convention expresse soit tacitement."

Pothier, traité des obligations par Bernardi (Paris 1805) tom. I. pag. 180. No. 277.

Ebenso Delvincourt:

„La solidarité n'étant qu'une modification de l'obligation, il est clair qu'elle peut cesser d'exister, sans que, pour cela, l'obligation soit éteinte, par exemple, si le créancier consent à y renoncer etc. Cette renonciation peut être expresse ou tacite."

Delvincourt, cours de C. c. (Bruxelles) tom. V. p. 187.

Der L.R.S. 1210 spricht von dem ausdrücklichen, der L.R.S. 1211 von dem stillschweigenden Verzicht.

Zu ihrem Verständniß wird die Geschichte ihrer Entstehung wesentlich beitragen.

Der Artikel 1210 ist aus dem Artikel CX. des Entwurfs entstanden, welcher lautete:

„CX. Le créancier perd toute action solidaire, lorsqu'il reçoit divisément la part d'un des débiteurs, à moins que la quittance ne porte la réserve de la solidarité ou de ses droits en général.

Le créancier ne perd point son action solidaire, lorsqu'il a reçu de l'un des codébiteurs une somme égale à la portion, dont celui-ci était tenu, si la quittance ne porte pas que c'est pour sa part."

Bigot-Préameneu schlug in der gesetzgebenden Versammlung vor, den ersten Absatz des Artikels in folgender Weise zu fassen:

„Le créancier perd toute action solidaire, lorsqu'il consent à la division de la dette, vis-à-vis l'un des débiteurs; il en est de même, lorsqu'il reçoit divisément la part de l'un des débiteurs, à moins que la quittance ne porte la réserve de la solidarité ou de ses droits en général."

In dieser Fassung wurde der Artikel unter Nummer CXII. dem Tribunat mitgetheilt.

In dem rapport fait au tribunat par le tribun Favard au nom de la section de législation führte dieser aus:

„On dit, que dans cette matière le créancier ne devait pas être plus enchaîné par la loi, qu'il n'avait entendu s'enchaîner lui-même par l'acte. De ce qu'il a bien voulu renoncer à la solidarité à l'égard de l'un des codébiteurs, il n'en resulte pas nécessairement une renonciation en faveur de tous les autres. Si la loi tirait cette conséquence, l'effet inévitable serait, que le créancier pour ne pas être victime de sa complaisance, ne renoncerait à la solidarité en faveur de personne, de sorte que celui qui aurait le plus grand besoin de cette grâce ne pourrait jamais l'obtenir.

Il faut faire attention, a-t-on ajouté, que l'acte primitif qui a établi la solidarité, contient deux obligations bien distinctes; l'une entre le créancier et les débiteurs, l'autre entre chaque débiteur et ses codébiteurs.

Lorsque le créancier décharge l'un d'eux de la solidarité, il use d'une faculté résultant de la première convention; car celui qui peut demander le payement du tout, peut se restreindre au payement d'une partie.

D'ailleurs, le projet décidant que le créancier qui aura consenti à la division à l'égard d'un de ses codébiteurs conservera toujours la solidarité contre les autres débiteurs, ceux-ci ne peuvent avoir à s'en plaindre: 1° parce que la solidarité ne subsistera que sous la déduction de la part du débiteur déchargé; 2° parce que, s'il y a des débiteurs insolvables à l'époque où le restant de la dette est demandé à un débiteur, le débiteur déchargé n'est pas dispensé pour cela de supporter contributoirement la perte qui résulte de cette insolvabilité; 3° enfin, parce que le débiteur auquel le créancier s'adresse pour payer toute la dette, moins la part du débiteur déchargé, aurait été obligé, de payer cette part de plus, si elle n'eût pas été payée par le débiteur déchargé.

C'est d'après ces motifs qu'on a adopté en principe que le créancier qui consent à la division de la dette à l'égard de l'un des codébiteurs, conserve son action solidaire contre les autres, mais sous la déduction de la part du débiteur qu'il a déchargé de la solidarité.

Et prévoyant le cas où, après la remise de la solidarité à l'un des codébiteurs un autre devient insolvable, on a décidé que la

portion de ce dernier sera contributoirement répartie entre tous les débiteurs, même contre celui précédemment déchargé par le créancier. (art. 1215.)

C'est donc avec raison qu'on a décidé que l'insolvabilité d'un des débiteurs ne doit pas nuire au créancier, et que la remise de la solidarité à l'un des débiteurs ne doit pas nuire aux autres.

Motifs et discours prononcés lors de la publication du code civil. Paris 1838. T. I.

Es wurde ausgesprochen:

„La section est d'avis que dans les deux cas prévus par le §. 1er, le créancier ne doit point perdre son action solidaire. Pour mieux coordonner les articles, la disposition de l'art. 112 (1210) parlera d'un seul cas, celui où le créancier consent à la division de la dette. Quant à celui où le créancier reçoit divisément la part d'un des débiteurs, la disposition y relative sera placé dans l'art. 113 (1211)."

Recueil complet des travaux préparatoires du c. c. etc. par Fenet 1827/28. tom. XIII. p. 130. 132.

Dieser Artikel 113 — der Artikel XCI. des Entwurfs — lautet:

„La simple demande formée contre l'un des codébiteurs, pour sa part, n'emporte point l'extinction de la solidarité, s'il n'a pas acquiescé à la demande, ou s'il n'est pas intervenu un jugement de condamnation."

Die gesetzgebende Versammlung, von der Ansicht des Tribunats durch Bigot-Préameneu in Kenntniß gesetzt, nahm die von jenem vorgeschlagene Redaction an.

S. Discussion du conseil d'état et du tribunat. Paris 1838. tom II. p. 467. 468.

Discussion du c. c. dans le conseil d'Etat, par Jouanneau tom. II. p. 288. 289.

So entstand aus Art. 112 der Art. 1210 des C. c., worin von dem ausdrücklich erklärten Verzichte die Rede ist:

„Le créancier qui consent à la division de la dette à l'égard de l'un des codébiteurs, conserve son action solidaire contre les autres, mais sous la déduction de la part du débiteur qu'il a déchargé de la solidarité."

Die Uebersetzung dieses Artikels in unserm Landrecht lautet:

„Der Gläubiger, der Einem der Sammtschuldner eine Theilung der Schuld nachgibt, behält seine Sammtklage wider die übrigen, jedoch mit Abrechnung des Antheils, der auf jenen Schuldner fällt, den er von der Sammtverbindlichkeit loszählte."

Delvincourt, cours de droit, tom. XI. No. 231. (édition belge, tom. VI., p. 314. 315)

führt zur Erläuterung des Schlußsatzes des Art. 1210 aus:

„La division de la dette dont parle l'art. 1210 est une division opérée par paiement, compensation ou remise de la portion du débiteur déchargé de la solidarité, et contre lequel, par conséquent, les autres ne peuvent avoir de recours, puisque ce ne sont point eux qui le libéreront: il l'est déjà par l'un de ces événemens. Mais s'il y avait simplement remise de la solidarité sans paiement ou remise de la part de ce débiteur dans la dette, le créancier n'en conserverait pas moins son action entière contre les autres, moins toutefois, ainsi qu'il vient d'être dit, la portion que ce débiteur, déchargé seulement de la solidarité, et non de sa part dans la dette, aurait eu à supporter dans l'insolvabilité de tel ou tel des autres codébiteurs. Car au moyen de cette déduction, ceux ci sont parfaitement rendus indemnes des effets de cette remise, puisque le codébiteur à qui elle a été faite n'en doit pas moins encore sa part, et par consequent devra la rembourser à celui qui acquittera la dette. Le créancier pouvait d'ailleurs renoncer tacitement aux effets de la solidarité à l'égard de ce débiteur en ne le poursuivant pas; et sa renonciation expresse a pour résultat de l'obliger à déduire de son action solidaire contre les autres la portion qu'aurait eu à supporter dans l'insolvabilité de tel ou tel d'entre eux celui à qui il a fait cette remise parce qu'il l'a affranchi des effets de la solidarité, mais sans avoir pu le faire au détriment des autres. Il a pris par là sur lui les résultats que la solidarité aurait pu produire contre ce débiteur, et voilà tout."

Von dieser Absicht abweichend legt Demante, programme du cours de droit civil français, tom. II.

No. 659 den Schlußsatz des Artikels 1210 einfach dahin aus, das Gesetz erkenne in der von dem Gläubiger bewilligten Theilung der Sammtschuld die Absicht, den Antheil des betreffenden Schuldners davon abzulösen.

Dagegen ist Zachariä, franz. Civ.Recht §. 298 Note 27 Bd. II. S. 220 der Ansicht, der Satz 1210 sei nicht auf den Fall auszudehnen, da der Gläubiger den einen Sammtschuldner blos der solidarischen Haftung entlassen habe.

Diese Ansichten werden von Marcadé bekämpft, welcher ausführt:

„Mais, puisque le débiteur dont il s'agit dans notre article reste toujours tenu de la part dans la dette et que, par conséquent, il demeure là pour répondre comme ses codébiteurs, au recours de celui qui pourrait se trouver forcé de payer la totalité, il n'y avait donc aucune raison, aucun prétexte, de restreindre ici le droit de poursuite du créancier contre les autres débiteurs; et M. Demante essaye en vain de justifier la disposition finale de notre article, disposition contraire à la doctrine de Pothier (No. 277.) *) M. Demante dit que la loi a vu dans la division consentie par le créancier l'intention de retrancher de la dette solidaire la part du débiteur; mais si le créancier avait eu cette intention, il aurait opéré le retranchement, il aurait fait pour la part du codébiteur, non une simple remise de la solidarité, mais une remise de la dette même.**)

Cette disposition finale de notre article est si peu rationelle que Delvincourt, M. Duranton et M. Zachariæ ne pouvant croire que le code ait voulu s'écarter ainsi sans motif de la doctrine de Pothier, enseignant que notre article n'entend parler que d'une division consentie au moyen d'un payement effectif que le débiteur fait de sa part et non d'une renonciation pure et simple à la solidarité. Mais c'est là une erreur certaine et que la simple lecture des travaux préparatoires si étrangement négligés, aurait évidemment prévenue.

II. En effet dans la redaction première de notre article 1210 (portant alors le No. 112.) on s'écartait encore davantage de la doctrine de Pothier .... Certes, il est bien clair que le premier cas, celui d'un créancier consentant à la division, ne s'entendait pas d'une division consentie moyennant le payement effectif d'une part de débiteur, puisqu'on ajoutait comme second cas distinct celui ou le créancier reçoit divisement cette part.

Lors de la communication officieuse au Tribunat la distinction entre les deux cas et la vérité que nous voulons en faire ressortir ici, devint plus palpable encore ..... On voit, par le texte du Code, que les changements demandés par le Tribunat ont été opérés; et il reste démontré que, si M. Demante a le tort de vouloir justifier notre article, M. M. Duranton, Zachariä etc. ont le tort plus grave d'en fausser le sens.

Au reste, puisque notre article est evidemment contraire aux vrais principes et aussi à l'intérêt des débiteurs (puisqu'en rendant la remise de solidarité plus onéreuse pour le créancier qu'elle ne devrait l'être, on la rend par là même plus rare) il faudrait donc se bien garder d'étendre sa disposition au delà de ses termes, et il faut reconnaitre*) que le créancier conserverait son droit de poursuite pour le tout et sans déduction, s'il n'avait fait les remises de la solidarité qu'avec cette réserve expresse.

Marcadé, cours élémentaire tom. VI. ad art. 1210. p. 481—483.

In seinem Tadel der Inconsequenz des Gesetzgebers im Schlußsatze des Art. 1210 wird man Marcadé beistimmen müssen; denn in dem Verzicht auf die Sammtverbindlichkeit eines Schuldners liegt keinerlei Verzicht zu Gunsten seiner Mitschuldner, die von jenem Verzicht auch nicht zu ihrem Nachtheil berührt werden. Dadurch daß der Gläubiger auf das Recht verzichtet, einen Sammtschuldner weiter als auf seinen Antheil an der Schuld in Anspruch zu nehmen, werden dessen Mitschuldner des Rechts nicht verlustig, ihren Rückgriff nach Maßgabe der L.R.S. 1213. 1214 auf denselben zu nehmen. Dies ist in L.R.S. 1215 sogar ausdrücklich anerkannt. Daher ist eine Fürsorge des Gesetzes für die zahlenden Mitschuldner nicht nöthig und fehlt der Erklärungsweise von Delvincurt hiernach der rechtliche Boden.

*) S. oben zu Anfang des §. 2.

**) Von einem Erlaß des Schuldantheils des (von der Sammtverbindlichkeit losgelassenen) Schuldners ist aber überall nicht die Rede.

*) Hier scheint Marcadé zu weit zu gehen. Ein solcher dem Gesetz geradezu widersprechender Vorbehalt dürfte wohl nicht zulässig sein.

An der Ansicht von Zachariä ist zwar so viel richtig, daß der durch Zahlung getilgte Schuldantheil eines Sammtschuldners auch zu Gunsten der Mitschuldner des Zahlenden getilgt erscheint; allein nicht richtig wird sie sein, insofern er den Schlußsatz des L.R.S. 1210 auf den durch Annahme der Zahlung des Schuldantheils eines Sammtschuldners zu erkennen gegebenen Verzicht auf dessen Sammtverbindlichkeit beschränken wollte (obschon nach dem oben angeführten Inhalt des **rapport** des **tribun Favard** gerade dieser Fall dem Berichterstatter vorgeschwebt zu haben scheint). Denn dieser Beschränkung widerspricht die Geschichte der Entstehung des L.R.S. 1210, welcher blos von dem durch eine ausdrückliche Erklärung kundgegebenen Verzicht auf die Sammtverbindlichkeit eines der Schuldner handeln soll, während erst im folgenden Art. von der durch Handlungen zu erkennen gegebenen ähnlichen Verzichtleistung gesprochen wird. Dort ist aber nicht mehr von jener den Mitschuldnern günstigen Folge der Verzichtleistung, sondern nur davon die Rede, aus welchen Handlungen, für wen und unter welchen Voraussetzungen die erwähnte Verzichtleistung gefolgert und wie solcher Folgerung vorgebeugt werden könne.

Der Schlußsatz des L.R.S. 1210 ist nun einmal Gesetz, welches eine allgemeine Folge der Verzichtleistung auf die Sammtverbindlichkeit eines Schuldners festsetzt; welche Folge, obschon nur bei der ausdrücklichen Verzichtleistung erwähnt, nach der Natur der Sache auch bei der stillschweigenden eintritt.

Wie die gesetzgebenden Factoren trotz der in dem **rapport** des **tribun Favard** scharf hervorgehobenen Zweiseitigkeit der Wirkung des Sammtverbindlichkeitsverhältnisses dazu kamen, diese Folge generell festzustellen, haben sie nicht zu erkennen gegeben; man wird aber annehmen dürfen, daß diese Bestimmung in Folge eines **lapsus** in das Gesetz aufgenommen worden, der um so erklärlicher ist, als der in dem Entwurf ausgesprochene Hauptgrundsatz dem bei der Redaction angenommenen (aus Pothier geschöpften) gerade entgegengesetzt, nämlich der war, daß durch den Verzicht auf die Sammtverbindlichkeit Eines der Sammtschuldner der Gläubiger auch die Sammtrechte gegen die übrigen Mitschuldner verwirke, und als nach Aufgeben dieser den Mitschuldnern günstigen Wirkung die ihnen günstige Ansicht sich doch noch in der bisher besprochenen Bestimmung Bahn gebrochen haben mag; als endlich ursprünglich nur des Falls der Annahme einer Theilzahlung in Art. 110 gedacht war.

Die Unterstellung Demante's ist nicht so ganz verwerflich, wie Marcadé sie darstellt und was dieser zu ihrer Bekämpfung vorträgt, unrichtig.

Es mag nämlich immerhin die Ansicht vorgeschwebt haben, daß der Antheil des früheren Sammtschuldners, auf dessen Sammtverbindlichkeit der Gläubiger verzichtet habe, als ein getrennter zu betrachten sei und hieraus mag die Folgerung entstanden sein, daß die übrigen Sammtschuldner für diesen Sonderantheil nicht weiter, sondern nur der von der Sammtverbindlichkeit befreite Schuldner hinfort allein zu haften haben. Allein diese Folgerung ist unrichtig. Denn der Verzicht auf die Sammtverbindlichkeit des einen Schuldners nützt und schadet den Andern nichts, ihre Verbindlichkeit gegen den Gläubiger und ihre Rückgriffsrechte auf jenen Mitschuldner bleiben nach wie vor dieselben. Mit dem Verzicht begibt sich der Gläubiger nur des Rechts, jenen Schuldner für die ganze Verbindlichkeit in Anspruch zu nehmen; er begibt sich aber dieses Rechts nicht gegenüber den andern Sammtschuldnern. Der Gläubiger macht sich ebensowenig verbindlich, jenen Schuldner für seinen Antheil in Anspruch zu nehmen, er macht sich vielmehr nur verbindlich, wenn er ihn in Anspruch nimmt, dies nur für seinen Antheil thun zu wollen.

Allein **lex scripta manet.**

§. 3.

Der aus Art. (**CXI.** beziehungsweise) **CXIII.** des **projet** entstandene **article** 1211 des **C. c.** lautet:

„Le créancier qui reçoit divisément la part de l'un des débiteurs, sans réserver dans la quittance la solidarité ou ses droits en général, ne renonce à la solidarité qu'à l'égard de ce débiteur. —

Le créancier n'est pas censé remettre la solidarité au débiteur, lorsqu'il reçoit de lui une somme égale à la portion dont il est tenu, si la quittance ne porte pas que c'est pour sa part. —

Il en est de même de la simple demande formée contre l'un des codébiteurs pour sa part, si celui-ci n'a pas acquiescé à la demande, ou s'il n'est pas intervenu un jugement de condamnation."

In unserem Landrecht ist dieser Satz 1211 übersetzt: „Der Gläubiger, der von einem der Schuldner seinen gesonderten Antheil annimmt, ohne in der Quittung seine Sammtrechte namentlich, oder seine Rechte überhaupt vor-

zubehalten, begibt sich dadurch der Sammtrechte nur in Beziehung auf diesen Schuldner.

Es gilt für keine Verzichtleistung auf die Sammtrechte gegen einen Schuldner, wenn der Gläubiger von ihm eine Summe empfängt, die seinem Antheil zwar gleichkommt, wovon aber in der Quittung nicht ausgedrückt wird, daß sie für seinen Theil sei.

Gleiche Bewandtniß hat es mit dem Fall, wo einer der Mitschuldner nur auf seinen Theil vor Gericht belangt wird, so lang dieser sich zur Klaglosstellung nicht erboten hat, oder nicht eine Verurtheilung darauf erfolgt ist".

Der L.R.S. 1211 spricht von dem durch Handlungen zu erkennen gegebenen Verzichte und davon, aus welchen Handlungen solcher gefolgert und von dem Vorbehalt, womit diese Folgerung beseitigt werden kann.

L'article précédent nous a parlé de la remise de la solidarité accordée expressement; celui-ci s'occupe de la remise tacite, qui produit, ni plus ni moins, les mêmes effets.

Marcadé, cours élémentaire du droit civil, tom. IV. pag. 485. art. 1211.

In demselben ist der Grundsatz durchgeführt, daß im Zweifel ein solcher Verzicht nicht zu unterstellen ist *), und sind Pothier's Ansichten vollständig adoptirt.

„Le Code civil a consacré les opinions de l'auteur (Pothier) par l'article 1211, suivant lequel

1) **le créancier, en recevant divisément la portion d'un débiteur solidaire, sans réserve de la solidarité, n'est censé y renoncer qu'à son égard.**
2) **Que le créancier n'est censé remettre la solidarité au débiteur qui paye sa portion de la dette, qu'autant que la quittance exprime que ce'st „pour sa part."**
3) **Qu'il en est de même de la demande faite à un des co-débiteurs „pour sa part", si celui-ci n'a pas acquiescé à la demande ou s'il n'est pas intervenu un jugement de condamnation."**

Pothier, traité des obligations, par Bernardi. Paris 1805. tom. I. No. 278. p. 186.

*) Vrgl. die oben angeführte Bemerkung Rodière's.

§. 4.

Der L.R.S. 1211 zerfällt in drei Absätze, welche nun einzeln zu erörtern sind.

Der erste Absatz lautet:

> **„Le créancier qui reçoit divisément la part de l'un des débiteurs, sans réserver dans la quittance la solidarité ou ses droits en général, ne renonce à la solidarité qu'à l'egard de ce débiteur."**

Hier ist der Grundsatz, daß der Verzicht des Gläubigers auf die Sammtverbindlichkeit eines Schuldners nur zu Gunsten dieses Schuldners wirke, (**„le créancier conserve son action solidaire contre les autres"** in Art. 1210) wiederholt ausgesprochen.

Wenn der Sammtschuldner zwei waren, so haftet nach dem Verzicht auf die Sammtverbindlichkeit des Einen nun auch der Andere nur noch für seinen Theil, weil nach dem Schlußsatz des L.R.S. 1210 der Antheil Jenes an der Gesammtschuld abgerechnet wird. Waren der Sammtschuldner mehr als zwei, so haften die Uebrigen nach wie vor sammtverbindlich, aber auch nur für den nach Abzug jenes Antheils erübrigenden Rest der Gesammtschuld.

> **„Si donc il y avait plus de deux débiteurs les autres continuent d'être tenus solidairement, sous la déduction seulement de la part du débiteur déchargé."**

Rodière de la solidarité No. 148. p. 107. 108.

Es wäre wohl logisch richtiger, wenn der zweite Absatz des Artikels vorangestellt wäre; denn in diesem wird erläutert, was zu einer, den Verzicht auf die Sammtverbindlichkeit ausdrückenden, Annahme einer Theilzahlung gehöre, während in dem ersten Absatz anticipando davon gesprochen wird, gegen wen sie wirke.

Jener zweite Absatz lautet:

> **„Le créancier n'est pas censé remettre la solidarité au débiteur lorsqu'il reçoit de lui une somme égale à la portion dont il est tenu, si la quittance ne porte pas que c'est pour sa part."**

Hiernach steht fest:

1) Die Annahme einer Abschlagszahlung ist für den Gläubiger unverfänglich.

2) Eine Zahlung, welche dem numerischen Betrag des Antheils des dieselbe leistenden Sammtschuldners an

der Gesammtschuld entspricht, verliert dadurch nicht die Eigenschaft einer Abschlagszahlung.

3) Damit sie diese Eigenschaft verliere, ist die ausdrückliche Erklärung in der Quittung unerläßlich, daß der Schuldner damit „seinen Antheil" (an der Sammtschuld) gezahlt habe. *).

4) Hiedurch bezeichnet der Gläubiger den Zähler als Theilschuldner, den Gegensatz von Sammtschuldner **), gibt also den Verzicht auf dessen Sammtverbindlichkeit zu erkennen, wenn er nicht

5) einen ausdrücklichen Vorbehalt derselben damit verbindet ***). (Schluß folgt.)

*) En l'absence de cette dernière mention, on peut supposer que le créancier n'a entendu recevoir qu'un à-compte sur la dette totale et dans le doute, c'est á cette supposition qu'on doit s'arrêter.

Rodière de le solidarité No. 148, p. 108.

Il (le créancier) n'est pas censé remettre la solidarité au débiteur, lorsqu'il reçoit de lui une portion égale à la portion, dont celui-ci est tenu dans la division entre les codébiteurs.

Mais si la quittance porte, que c'est pour sa part, il y a remise tacite de la solidarité; car alors le créancier le reconnait débiteur d'une part. Or celui qui est débiteur d'une part, n'est pas débiteur solidaire puisque la solidarité consiste essentiellement en ce que chacun des co-débiteurs est débiteur de la solidarité.

Toullier, droit civil, Tom VI. No. 740. 741, p. 471. (Bruxelles.)

La seconde disposition de cet article ne doit pas être separée de la première, dont elle n'est que le developpement: or, la première statue sur le cas où le créancier, en recevant de l'un des débiteurs sa part dans la dette, ne reserve point dans la quittance la solidarité, ou ses droits en général: donc, dans le cas contraire, il n'est pas censé y renoncer même à l'égard de ce débiteur, quoique la quittance porte pour sa part, et que la somme soit égale à cette part, ce qu'il faut même supposer pour que ce soit sa part, c'est-à-dire le cas prévu par l'article.

Duranton, cours de droit français, Tom. VI. No. 234. (Bruxelles) p. 318.

**) Il implique contradiction d'être débiteur solidaire et d'être débiteur d'une part.

Delvincourt, cours de Code civil (Bruxelles) Tom. V. p. 188.

***) D'un autre coté, quand même le créancier aurait donné quittance au débiteur pour sa part, il n'est pas censé lui avoir fait remise de la solidarité s'il l'a réservée expressément, ou même s'il a réservé ses droits en général. Cette réserve détruit la présomption qui s'induirait des autres termes de la quittance.

(conf. Pothier, No. 277. suivi par tous les auteurs.)

Rodière, de la solidarité, No. 148. p. 108.

La loi fait résulter cette remise tacite de deux circonstances.

Elle a lieu, d'abord, quand le créancier reçoit de l'un des débiteurs une somme égale à sa portion dans la dette, et qu'il la reçoit en écrivant dans la quittance que c'est „pour la part" de ce débiteur, et sans faire d'ailleurs aucune réserve.

Que si, tout en disant qu'il a reçu telle somme „pour la part" du débiteur, le créancier avait pourtant réservé sa solidarité, ne fût-ce que par ces termes généraux „sans préjudice de mes droits", „sans nuire en rien à mes droits" etc., ces deux déclarations se neutralisent l'une l'autre et la renonciation à la solidarité ne devant pas se présumer facilement, il n'y aurait pas remise de la solidarité.

Marcadé, cours élémentaire du droit civil, Tom. IV. p. 485. art. 1211.

Mais si, en donnant au débiteur quittance pour sa part, le créancier reservait la solidarité ou ses droits en général, elle continuerait de subsister, parce qu'une réserve formelle l'emporte sur la conséquence assez subtile tirée des termes pour sa part. Cette expression doit alors être entendue non pour la part pour laquelle le débiteur est tenu envers le créancier, mais de celle pour laquelle il est tenu, dans la division qui se fait entre les co-débiteurs.

La reserve générale des droits du créancier, tous droits réservés, equivaut à la réserve expresse de la solidarité.

Toullier, droit civil, Tom. IV. No. 742. p. 471 (Bruxelles.)

Le créancier qui reçoit divisément la part de l'un des débiteurs sans réserver dans la quittance la solidarité ou ses droits en général, renonce bien par là à la solidarité à l'égard de ce débiteur, mais c'est toutefois sans y renoncer pour cela à l'égard des autres.

Et il n'est pas censé y renoncer même à l'égard de ce débiteur, quoiqu'il eût reçu de lui une somme parfaitement égale à la part de celui-ci, si la quittance ne **porte** pas que c'est pour sa part.

Sans ces expressions, ou autres analogues, car ces termes ne sont point sacramentels, l'on doit regarder le paiement comme un à-compte reçu par le créancier. A plus forte raison, si la somme payée par le débiteur est inférieure ou supérieure à celle qui correspond à sa part dans la dette n'y a-t-il point présomption de remise de la solidarité.

Et lors même qu'elle serait parfaitement égale et que la quittance porterait les mots pour sa part, si cette quittance contenait d'une manière formelle la réserve de la solidarité à l'égard de ce débiteur, ou même de la solidarité d'une manière générale, cette reserve (suivant Pothier) détruirait l'effet de ces mots pour sa part et il n'y aurait plus lieu d'en inferrer, comme le fait la loi, une renonciation tacite à la solidarité même à l'egard de ce débiteur.....

Duranton cours de droit. Tom. VI. No. 232 — 234 p. 318 (Bruxelles.)

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXI. | No. 50. | Mannheim, 9. Dezember 1854.

I.

Verzicht.

Verzicht des Gläubigers auf die Sammtverbindlichkeit eines Schuldners.

Verzichtet derjenige Gläubiger, welcher Einen der Sammtschuldner nur auf einen, dessen Antheil an der Schuld entsprechenden, Betrag belangt, auf die Sammtverbindlichkeit dieses Schuldners?

L.R.S. 1210. 1211.

(Schluß.)

Pothier hat seine in dem Art. 1211 sanktionirte Ansicht in folgender Weise begründet:

Lorsque le créancier a donné à l'un de ses co-débiteurs solidaires quittance purement et simplement d'une certaine somme qui fait précisement celle dont le débiteur est tenu de la dette pour sa part vis-à-vis de ses co-débiteurs, sans exprimer qu'il l'a reçue „pour sa part," le créancier est-il censé avoir remis son droit de solidarité? Je pense, qu'il ne doit pas être censé l'avoir remis.

Pothier, l. cit. p. 182.

Si le créancier a bien voulu recevoir de l'un de ses débiteurs une partie de sa dette, que ce débiteur solidaire lui devait pour le total, on ne doit pas de cela seul en conclure qu'il a voulu le décharger de la solidarité: car il n'y a en ce cas aucune nécessité de tirer cette consequence; et on ne la doit pas tirer sans nécessité, personne n'étant présumé remettre ses droits:

„Nemo facile donare praesumitur."

C'est ce qui est décidé *) en l. 8 §. 1 D. de legibus dans l'espèce de deux héritiers, que le testateur avait grevés solidairement de la prestation d'un legs.

„Quid, si ab altero partem petierit? Liberum erit ab alterutro reliquum petere; idem que erit et si alter partem solvisset. *)

Pothier, traité des obligations. Paris 1805. tom. I. p. 182.

Il (le créancier) est censé y avoir renoncé tacitement, lorsqu'il a admis quelqu'un des débiteurs à payer la dette pour sa part nommément.

l. 18 Cod. de pactis.

Si creditores vestros ex parte debiti admisisse quemquam vestrûm pro sua persona solventem probaveritis, aditus rector provinciae, pro sua gravitate, ne alter pro altero exigatur, providebit. **)

La raison est, que lorsque le créancier donne quittance en ces termes à l'un de ses co-débiteurs pour cela l'avoir déchargé de la solidarité et qu'il peut exiger de lui le surplus."

Pothier, l. cit.

*) „Pomponius décide que le légataire qui a demandé, ou même qui a reçu la part de l'un des codébiteurs, n'est pas censé

*) Observez que ces termes de la loi „idem erit et si alter partem solvisset" doivent s'entendre du cas auquel le créancier sans avoir fait aucune demande, reçoit volontairement de l'un des débiteurs solidaires la somme à la quelle monte ce que ce débiteurs doit pour sa part, sans exprimer dans la quittance qu'il la reçoit „pour sa part."

Pothier, l. cit. p. 183.

**) La décision de la loi: Si creditores, ci-dessus citée, doit être restreinte dans son cas, qui est celui auquel l'un des co-débiteurs a été reçu expressement à payer pour sa part personnelle „ex parte pro persona sua" et que c'est de cette expression portée par la quittance, que le créancier reçoit pour la part de ce débiteur, que se tire la présomption de la renonciation à la solidarité.

Pothier, l. c. S. 182.

solidaires: „J'ai reçu d'un tel la somme .. pour sa part" il le reconnait débiteur de la dette pour une part; et par consequent il consent qu'il ne soit plus solidaire, étant deux choses opposées, d'être débiteur „pour une part," et dêtre débiteur solidaire.

Pothier, l. c. No. 277. p. 180. 181. 185.

„Cette décision n'a pas lieu, si la quittance par laquelle le créancier declare avoir reçu d'un tel „pour sa part" porte une réserve de la solidarité; car les termes formels par lesquels le créancier se réserve son droit de solidarité, l'emportent sur la conséquence qu'on voudrait tirer des termes „pour sa part", employés dans sa quittance, pour en induire la renonciation à la solidarité. Et quand même on accorderait que ces termes „pour sa part" seraient aussi formels en faveur de la renonciation à la solidarité, que la réserve expresse de la solidarité formelle contre cette renonciation, il ne s'ensuivrait autre chose si non que ces termes, „pour sa part" et ceux-ci „sans préjudice de la solidarité" se détruiraient réciproquement et que la quittance devrait être regardée comme si elle ne contenait ni les uns ni les autres; auquel cas elle ne peut préjudicier au droit de la solidarité.

Pothier, l. c. p. 181.

Lorsque la quittance porte „sans préjudice de mes droits" c'est la même chose que si elle portait „sans préjudice de la solidarité": car le droit de solidarité est compris dans la généralité des termes „sans préjudice de mes droits;" et c'est même le droit dont la reserve a le plus de rapport à la quittance que je donne et qui sert de correctif aux termes „pour sa part" employés dans ma quittance.

Porthier, l. c. p. 182.

On opposera peut-être que dans cette quittance les termes „sans préjudice de la solidarité" doivent s'entendre d'une réserve que le créancier fait de son droit de solidarité contre les autres co-débiteurs et non contre celui à qui il donne quittance; on croira les concilier par ce moyen avec les termes „pour sa part" employés dans la quittance.

Cette explication ne vaut rien.

Lorsque dans une quittance, comme dans tout autre acte on réserve ses droits, sans dire contre qui, il est naturel que cela s'entende des droits qu'on a contre celui avec qui l'on traite, ou à qui l'on donne quittance et non de ceux qu'on a contre d'autres. On concilie d'une façon plus naturelle ces termes „pour sa part" avec la reserve de solidarité, en disant qu'en ce cas le créancier qui à réservé son droit de solidarité, a entendu par ces termes „pour sa part" non une part pour laquelle ce débiteur serait tenu vis-à-vis de lui créancier, mais la part pour laquelle ce débiteur est effectivement tenu de la dette vis-à-vis de ses co-débiteurs; laquelle part le créancier a bien voulu recevoir de lui dans ce moment, sauf à exiger de lui le surplus en vertu du droit de solidarité qu'il à contre lui et qu'il se réserve.

Porthier, l. cit. p. 181.

§. 5.

Der dritte Absatz des L.R.S. 1211 erklärt ganz dieselben eben in §. 4 erörterten Bestimmungen in beiden vorausgehenden Absätzen des Artikels auch für den Inhalt einer gegen einen Sammtschuldner erhobenen Klage für anwendbar*) und fügt nur bei, daß der Gläubiger seine, einen Verzicht auf die Sammtverbindlichkeit ausdrückende Erklärung solange zurückziehen könne, als der Gläubiger sie nicht ausdrücklich oder stillschweigend angenommen habe.

Dieser dritte Absatz lautet:

„Il en est de même de la simple demande formée contre l'un des codébiteurs pour sa part, si celui-ci n'a pas acquiescé à la demande, ou s'il n'est pas intervenu un jugement de condamnation."

Hiernach genügt die Einklagung eines Theils der Sammtschuld gegen einen einzelnen Schuldner auch dann nicht, wenn jener Theil dem Antheil des Beklagten an der Sammtschuld nummerisch entspricht, zur Unterstellung eines Verzichts auf des Beklagten Sammtverbindlichkeit, sondern diese Unterstellung ist erst bei der in die Klage ausdrücklich aufgenommenen Erklärung zulässig, daß der eingeklagte Betrag der Antheil des Beklagten sei.

---

*) „La renonciation tacite à la solidarité résulte encore de la simple demande (c'est-à-dire sans réserve quelconque) formée par le créancier, de la portion du débiteur dans la dette."

Delvincourt, l. cit. p. 188.

Wenn man ohne dieses weitere wesentliche Erforderniß den Verzicht auf die Sammtverbindlichkeit des Beklagten schon darin finden zu dürfen glaubte, daß nur ein Theil der Sammtschuld gegen ihn eingeklagt sei, so dürfte die Richtigkeit dieser Ansicht zu bezweifeln sein!

Nach derselben wurde auch von großh. Hofgerichte des Unterrheinkreises schon erkannt:

1) J. E. Knecht gegen Emig durch Urtheil des 3. Senats No. 3631.

Die Entscheidungsgründe lauten:

„Kläger verlangt als Rechtsnachfolger seines Schwiegervaters C. Bußemer von der Beklagten die Zahlung von 276 fl. 30 kr. sammt Zinsen, indem er behauptet, der Ehemann der Beklagten sei dem C. Bußemer 535 fl. für Darlehen und Zinsen schuldig gewesen und die Beklagte habe sich mit Ermächtigung ihres Ehemanns für die Zahlung dieses Betrags nebst Zinsen am 14. Juli 1841 sammtverbindlich erklärt. Die Forderung sei zwar auch in demselben Jahre von seinem Rechtsvorfahren gegen beide Eheleute eingeklagt und durch amtliches Urtheil vom 26. August 1841 sicher gestellt worden, da Letzteres jedoch eine Sammtverbindlichkeit der beklagten Ehefrau nicht ausspreche, so sei die nachträgliche Einklagung auch der andern Hälfte der Schuld gegen sie um so mehr geboten, als der schuldner'sche Ehemann in Gant gerathen und darin die Forderung in Verlust gefallen sei.

Nach gepflogenen Verhandlungen, in welchen die Beklagte die Uebernahme der Sammtverbindlichkeit bestritt, hat der Unterrichter dem Kläger die eingeklagte Forderung bedingt zugesprochen. Dadurch erachtet sich die Beklagte für beschwert und ihre Beschwerde erscheint auch begründet.

Indem nämlich der Rechtsvorfahrer des Klägers, wie von diesem selbst angeführt wird, früher beide Eheleute zusammen auf den ganzen Forderungsbetrag, also jeden Ehetheil auf die Hälfte belangte und deren Verurtheilung erwirkte, hat er eine Theilung der Schuld zugelassen und nach L.R.S. 1211. Absatz 3 auf sein Recht, von der Beklagten als einer Sammtschuldnerin auch die andere Hälfte zu fordern, stillschweigend verzichtet. Die Klage stellt sich daher nach dem Vortrag des Klägers als unbegründet dar.

2) J. S. Eisenmann gegen Schneider.

Süsel Eisenmann in Mosbach erwirkte gegen die Georg Schneider'schen Eheleute in Haßmersheim am 4. März 1846 einen bedingten Zahlbefehl und am 26. desselb. M. ein Liquiderkenntniß auf 712 fl. Kaufpreis für Pferde und Zins vom 3. Januar 1846, über dessen Zustellung an die Gg. Schneider'schen Eheleute zu den Acten beurkundet ist.

Später klagte Eisenmann gegen die Erben der Gg. Schneider'schen Ehefrau, welche unter Ermächtigung ihres Mannes die Sammtverbindlichkeit übernommen und gemeinschaftlich mit diesem die Schuld zu verzinsen versprochen habe. Er berief sich hierbei auf das rechtskräftige Versäumungserkenntniß und verlangte von den Gg. Schneider'schen Kindern, als Erben ihrer Mutter, die Zahlung von 712 fl. und Zins vom 3. Januar 1846.

Der Unterrichter erkannte bezüglich der von den Beklagten vorgeschützten Einreden der Zahlung und der Wettschlagung auf Eid, im Uebrigen aber nach dem Klagantrag.

Gegen dieses Urtheil appellirten die Beklagten und führten aus, der Kläger habe durch die frühere Einklagung der Gg. Schneider'schen Ehefrau die Theilung der Schuld nachgegeben.

Das großh. Hofgericht des Unterrheinkreises (II. Civ. Senat), welches die Einreden theils für unbegründet, theils für unerheblich ansah, änderte das Urtheil erster Instanz am 16. November v. J. dahin ab, daß die Beklagten an der eingeklagten Forderung von 712 fl. nur den Betrag von 326 fl. nebst Zins — soweit die Verlassenschaft ihrer Mutter reicht, zu zahlen haben, Kläger dagegen mit seiner Mehrforderung abzuweisen sei.

Die Gründe für diese Entscheidung lauten:

Aus den älteren Acten ergibt sich, daß der Kläger seine Forderung gegen die Beklagten Gg. Schneider'schen Eheleute nicht als Sammtschuldner, sondern nur als Mitschuldner eingeklagt hat, indem weder in dem bedingten Zahlbefehl, noch in dem Liquiderkenntnisse der Sammtverbindlichkeit der Beklagten irgend eine Erwähnung geschieht, vielmehr beide Eheleute gemeinschaftlich auf 712 fl. belangt wurden. Da hiernach die beklagte Ehefrau durch den bedingten Zahlbefehl vom 4. März 1846 nur auf ihren Theil an der erwähnten Schuld belangt und durch das rechtskräftig gewordene Versäumungserkenntniß vom 26. März 1846 nur zur Zahlung ihres Theils, nämlich der Hälfte, verurtheilt worden ist, so hat sich der Kläger hierdurch der Sammtrechte gegen dieselbe gemäß der Bestimmung des L.R.S. 1211 begeben und kann daher nicht mehr befugt erscheinen, die ganze Forderung gegen deren

Erben geltend zu machen. Aus L.R.S. 1211 folgt nämlich, daß es für eine Verzichtleistung des Gläubigers auf die Sammtverbindlichkeit gilt, wenn er einen der Schuldner auf seinen Theil vor Gericht belangt hat und darauf eine Verurtheilung erfolgt ist, welche rechtskräftig wurde. Die hierwegen von den Beklagten gegen das amtliche Urtheil erhobene Beschwerde erscheint daher begründet.

3) J. S. Frei gegen Schwab.

Andreas Schwab und die Georg Adam Ried'schen Eheleute von Hirschlanden erhielten von Moses Frei in Rosenberg am 25. Februar 1847 ein zu 5 pCt. verzinsliches Darleihen von 746 fl. und erklärten sich hiefür sammtverbindlich.

Am 5. Mai 1847 löste Moses Frei gegen die Ried'schen Eheleute und Andreas Schwab einen bedingten Zahlungsbefehl auf 746 fl. nebst Zins vom 25. April 1847 ohne den Ausspruch der Sammtverbindlichkeit zu begehren — und am 9. Juni 1847 ein Liquiderkenntniß gegen seine Schuldner, ohne daß die Sammtverbindlichkeit ausgesprochen wurde.

Am 30. Juli 1850 erwirkte der Kläger auf den Grund des Liquiderkenntnisses v. 9. Juni 1847 einen unbedingten Befehl gegen Andreas Schwab auf die Hälfte dieser Forderung, unterm 16. Septbr. 1830 Fahrnißpfändung.

In der Gant der Gg. Adam Ried'schen Eheleute, in welcher Moses Frei 990 fl. 14 kr. Capital und Zins liquidirt hatte, und nur mit 290 fl. 3 kr. verwiesen worden war, gerieth er mit 699 fl. 38 kr. in Verlust.

Am 5. November 1853 rief der Kläger auf diesen Rest seiner Forderung gegen Andreas Schwab an. Das Amt Adelsheim erließ an demselben Tage auf den Grund des Liquiderkenntnisses vom 9. Juni 1847 einen unbedingten Befehl auf ein Drittheil von 699 fl. 38 kr. gegen Andreas Schwab und bemerkte dem Moses Frei, daß der Schuldner nach jenem Liquiderkenntniß nicht sammtverbindlich, sondern nur mitverbindlich hafte.

Nun erhob Moses Frei auf die Summe von 699 fl. 38 kr. und Zins vom 25. April 1847 eine Klage gegen A. Schwab. Dieser hielt sich nach den oben dargestellten Vorgängen nur zur Zahlung eines Drittheils verpflichtet, der Unterrichter verurtheilte ihn aber nach dem Klagbegehren. Hiergegen führte Beklagter die Appellation aus.

Das großh. Hofgericht des Unterrheinkreises (III. Civ. Senat) erkannte abändernd am 22. April 1854, der Beklagte habe nur 233 fl. 12⅔ sammt Zinsen zu zahlen, und Kläger sei mit der Mehrforderung abzuweisen — und zwar aus folgenden

Gründen:

Es fragt sich zunächst, ob der Kläger durch den bedingten Zahlungsbefehl vom 5. Mai und das darauf erfolgte Liquiderkenntniß vom 9. Juni 1847 sich stillschweigend der solidarischen Haftung des Beklagten begeben habe. L.R.S. 1211.

Es unterliegt keinem Zweifel, daß nach diesem L.R.S. der Gläubiger, welcher einen Sammtschuldner auf einen bestimmten Betrag als die ihn treffende Quote der ganzen Schuld einklagt, nach der darauf erfolgten Verurtheilung angesehen wird, als habe er auf die sammtverbindliche Haftbarkeit desselben verzichtet. Auch unterliegt es keinem Zweifel, daß, wer eine Forderung gegen Mehrere einklagt, ohne die Sammtverbindlichkeit derselben in Anspruch zu nehmen, von Jedem nur seinen Antheil begehrt, und daß das Urtheil, welches auf diese Forderung erkennt, ohne die Sammtverbindlichkeit auszusprechen, jeden der Schuldner nur zu seinem Antheil verurtheilt. L.R.S. 1202. L. 1. 2. C si plures (7. 55.)

Es muß ferner, wie Jeder die Gesetze zu kennen verpflichtet ist, von dem Gläubiger auch angenommen werden, daß er bei seiner Klage sich des Umfangs seines darin gestellten Begehrens bewußt war. L.R.S. 1 b. Auch kann es bezüglich dieses Begehrens keinen Unterschied machen, ob der Gläubiger dasselbe im Wege des bedingten Mandatsprozesses oder einer anderen Prozeßart geltend macht und ob jenes Begehren in einer besondern Eingabe enthalten, oder wie hier aus dem bedingten Zahlungsbefehl und aus dem Umstande, daß derselbe nicht nur nicht zurückgenommen, sondern auf den Grund desselben ein Liquid-Erkenntniß erwirkt wurde, zu entnehmen ist. Aus diesen Sätzen folgt aber, daß der Kläger den Beklagten nur auf seinen Theil belangt und das Urtheil gegen ihn nur auf diesen Theil ergangen, daß mithin der im L.R.S. 1211 Abs. 3 vorgesehene stillschweigende Verzicht auf die Sammtverbindlichkeit des Beklagten vorhanden ist. Daß ausdrücklich in der Klage, wie es das Gesetz bei der Empfangnahme einer dem Antheil gleichkommenden Zahlung in der Quittung vorschreibt, bemerkt sein müsse, daß die eingeklagte Rate als der den Beklagten treffende Antheil an der ganzen Schuld eingeklagt werde, läßt sich aus den Worten des L.

R.S. 1211 nicht folgern, vielmehr nach dem Schlusse vom Gegentheile, daß dies bei der Einklagung eines der Sammtschuldner auf seinen Theil nicht erforderlich sei, damit ein stillschweigender Verzicht angenommen werde.

Bezüglich des Antheils des Beklagten an der Schuld liegt aber das rechtskräftige Liquiderkenntniß vom 9. Juni 1847 beziehungsweise der unbedingte Befehl vom 30. Juli 1850 und 5. November 1853 vor.

War der Kläger durch den letztern, welcher nur auf ein Drittel von 699 fl. 38 kr. ging, beschwert, so war es an ihm, die Berufung gegen denselben auszuführen. Es kann aber die Frage, welche Quote der Beklagte auf den Grund des Liquiderkenntnisses vom 9. Juni 1847 zu zahlen habe, nicht Gegenstand einer nochmaligen Klage sein. L.R.S. 1350. 1351. Dagegen ist dem von dem Beklagten in seiner Appellationsbeschwerdeschrift gestellten Antrag gemäß auf den Grund des unbedingten Befehls vom 5. November 1853 zu erkennen."

Schon nach römischem Rechte konnte der Gläubiger statt einen Sammtschuldner fürs Ganze zu belangen, die obligatio theilen, ohne sich durch die Klage auf einen Theil — der solidarischen Haftung des Beklagten zu begeben.

Puchta, Pandekten §. 235 vor und in Note m.

Zieht also der gemeinsame Gläubiger vor, statt jeden Sammtschuldner auf die ganze Schuld zu verklagen (statt dieser besonderen Art der Verfolgung) die einzelnen Schuldner theilweise zu verklagen, die Schuld als eine getheilte zu behandeln, so steht dies ganz in der Willkühr des Gläubigers, welcher hierin völlig freie Wahl hat. *)

Savigny, Obl R. §. 18. Bd. 1 S. 160. 218.

Durch die Klage auf einen Theil der Sammtschuld wird also das Sammtrecht auf den Rest nicht aufgehoben.

Savigny, ObligationenRecht Bd. 1. §. 18. Note b.

§. 6.

Zwischen dem Verzicht durch Quittirung des Antheils und dem durch Einklagung des Antheils eines Schuldners an der Sammtschuld besteht nur der Unterschied, daß schon vor der Quittung der Schuldner durch die Zahlung seines Antheils zuerst seinen Willen zu erkennen gegeben hat, nur diesen seinen Antheil zu zahlen, wogegen bei der Einklagung des Antheils — der Gläubiger zuerst seinen Willen zu erkennen gegeben hat, auf die weiter gehende Verbindlichkeit des Schuldners zu verzichten.

Ein Verzicht ist aber seinem Wesen nach kein Vertrag, sondern eine einseitige Erklärung, kann daher in der Regel so lange zurückgenommen werden, bis daß er von demjenigen, zu dessen Vortheil er gereicht, angenommen worden ist.

Il est de principe en effet que des offres ne produisent leur effet qu'autant qu'elles sont acceptées et que jusqu'à leur acceptation celui qui les a faites est à temps de les rétracter.

Rodière, de la solidarité. §. 148. p. 108. 109,

Die französischen Rechtslehrer nehmen daher an, daß der Gläubiger das Gesuch der auf den Antheil des Schuldners beschränkten Klage so lange durch das Gesuch, ihn als sammtverbindlich zu verurtheilen, erweitern könne,

---

*) Die Prozeßconsumtion, ein sehr wichtiges Institut des alten Rechts, beruhte auf dem Grundsatz, daß jede, einmal vorgebrachte und bis zur Litiscontestation geführte, Klage (in litem deducta actio) nie von Neuem vorgebracht werden könne.

Savigny System Bd. 5. §. 235. S. 254. §. 281. 282.

Savigny Obl.R. Bd. 6. §. 19. S. 180.

Bei dem Wesen des Correalverhältnisses, daß nicht verschiedene Obligationen neben einanderstehen, sondern sich eine und dieselbe Obligation ganz und ungetheilt auf jeden einzelnen Gläubiger oder jeden einzelnen Schuldner bezieht, hatte jener Grundsatz die Folge, daß die von einem der mehreren Gläubiger angestellte Klage auch für die übrigen Gläubiger eine fernere Klage unmöglich machte, mochte die erste Klage zur Verurtheilung und Zahlung geführt haben oder nicht. Ebenso konnte der gemeinsame Gläubiger, welcher Einen der Schuldner verklagte, keinen der anderen Gläubiger mehr verklagen, die angestellte Klage mochte einen Erfolg gehabt habe oder nicht.

Durch diese Folge konnte der Zweck des accessorischen Correalverhältnisses des Bürgen völlig vereitelt werden. Denn hatte einmal der Gläubiger den Hauptschuldner verklagt, so war dadurch zugleich die Klage gegen den Bürgen (den zweiten reus promittendi für dieselbe Schuld, für immer consumirt, auch wenn sich der Hauptschuldner in Folge der erhobenen Klage insolvent zeigte, für welchen Fall doch eigentlich die Bürgschaft Schutz gewähren sollte.

Savigny, Obl.R. 1. Bd. §. 19 S. 180. 181.

Justinian erließ daher im J. 531 die

L. 28 C. de fidej. 8. 41.

daß die Klage gegen einen Schuldner niemals hindern dürfe, späterhin gegen den Bürgen oder auch gegen jeden andern reus promittendi dieselbe Klage anzustellen, indem nur die wirkliche Befriedigung das Recht des Gläubigers aufheben sollte.

Im justinianischen Recht wurde dann das ganze Institut der Prozeßconsumtion überhaupt (unabhängig von dem Correalverhältniß) durch Weglassen jenes Grundsatzes derselben völlig aufgegeben.

Savigny System Bd. 6 S. 25 und §. 282.

Savigny Obl R. §. 19 S. 182.

bis der Schuldner seine Zustimmung zu jenem ausdrücklich oder stillschweigend kundgegeben habe.

Handlungen, wodurch diese Zustimmung zu erkennen gegeben wird, sind: Zahlung, ja selbst ein Zahlungsanerbieten, ein jenem Klaggesuch entsprechendes Urtheil auf gepflogene Verhandlung oder auf Ausbleiben, bei dem sich der Schuldner beruhigt, oder welches rechtskräftig ist.

„Res eodem modo dissolvi debet, quo fuit colligata. La solidarité a été etablie par le concours des volontés du créancier et des debiteurs. Il faut le concours des mêmes volontés pour en faire la remise. Quant au jugement, il remplace ici le consentement du débiteur. Iudiciis quasi contrahimus."

Delvincourt, l. cit. p. 188.

Si le créancier avait, par un commandement ou par une citation en justice limité sa demande à la part de l'un des co-débiteurs, il pourrait la rectifier et demander la totalité, jusqu'au jugement qui condamnerait le débiteur à payer sa part, ou du moins jusqu'à ce que le débiteur eût payé, en conséquence de la demande, ou offert de payer sa part; car cette offre contient l'acceptation de la demande et forme une convention tacite entre le débiteur et le créancier.

Toullier, droit civil T. VI. No. 745 p. 471 (Bruxelles).

Le créancier n'est pas non plus censé renoncer à la solidarité même à l'égard du débiteur contre lequel il forme simplement une demande, **portant** que c'est pour sa part, si ce débiteur n'a pas acquiescé à la demande ou s'il n'est pas intervenu un jugement de condamnation. Ainsi le créancier peut rectifier sa demande tant qu'un jugement de cette sorte n'a pas été rendu ou qu'il n'y a pas eu acquiescement.

Duranton, cours de droit Tom. VI. No. 235 p. 315 (Bruxelles).

La remise tacite a encore lieu lorsque le créancier, ayant poursuivi l'un des débiteurs pour sa part, il est intervenu ou un acquiescement de celui-ci ou un jugement qui le condamne à payer cette part.

Tant que l'acquiescement du débiteur n'est pas venu former le contrat, ou que le quasi-contrat judiciaire n'est pas résulté d'une sentence de condamnation, la demande faite par le créancier ne produit pas l'effet et peut être retirée par lui. On comprend également que la remise tacite serait non avenue, si le contrat formé par l'aquiescement du débiteur venait à être annulé, ou si le jugement de condamnation venait à tomber, soit sur appel, soit par cassation, soit autrement.

Marcadé cours élementaire du droit civil T. IV. p. 485 art. 1211.

La loi assimile seulement à l'acquiescement un jugement qui condamne le débiteur pour sa part seulement. Mais on se demande si, pour produire le même effet que l'aquiescement, il est nécesaire que le jugement de condamnation ait aquis l'autorité de la chose jugée. La loi ne l'exige pas et partant nous ne pensons pas que le créancier pût rétracter sa concession, par cela seul que le débiteur serait encore dans les délais de l'opposition ou de l'appel, ou que ces délais ne sont établis qu'en faveur de la partie condamnée. Mais si le débiteur vient à employer une de ces voies, comme il remet par là même en question tout ce qui a été jugé, il semble équitable d'admettre encore le créancier à se dédire.

Rodière de la solidarité No. 149 p. 109.

Pothier namentlich spricht sich hierüber in folgender Weise aus:

Lorsqu'un créancier a fait commandement à l'un des débiteurs solidaires de payer telle somme „pour sa part" de la dette, ou lorsqu'il l'à assigné pour payer „sa part" de la dette, est-il censé pour cela seul avoir déchargé ce débiteur de la solidarité? Les docteurs sont partagés sur cette question.

Or, lorsqu'un créancier a exprimé dans le commandement fait à l'un des débiteurs solidaires, ou dans l'exploit de demande donné contre lui, qu'il lui demande une telle somme „pour sa part" ne peut-on pas dire de même, que **par ces termes** „pour sa part" il a consenti que ce débiteur ne fût plus solidaire?

La loi 8 §. 1. décide formellement qu'un débiteur solidaire n'est par déchargé de la solidarité par la demande que lui a faite le créancier de payer „sa part"; puisqu'elle décide que le créancier,

non obstant la demande, n'est pas exclus de demander le surplus à l'un ou à l'autre des débiteurs et par conséquent même à celui à qu'il avait d'abord demandé sa part:

Quid, si ab altero partem petierit? Liberum erit, al alterutro reliquum petere.

La raison est, que les dettes étant contractées par le concours de volontés du créancier et du débiteur, la remise ne peut s'en faire que par un consentement contraire des mêmes parties.

D'où il suit, qu'en supposant que la demande faite à l'un des débiteurs solidaires de payer sa part, renfermerait une volonté du créancier de lui remettre la solidarité; tant que la volonté du débiteur n'a pas concouru avec celle du créancier, cette demande ne peut faire acquérir au débiteur aucun droit, ni le décharger de la solidarité, ni par conséquent empêcher le créancier d'augmenter ses conclusions contre lui et de lui demander le total de la dette. En cela ce cas-ci diffère du cas de la loi: „Si creditores" dans lequel la volonté du débiteur qui paie sa part de la dette au créancier qui veut bien s'en contenter, concourt avec celle du créancier pour la remise du surplus *).

Lorsque le débiteur, poursuivi pour le paiement de sa part, avant que le créancier ait augmenté ses conclusions contre lui a payé sa part, ou seulement même offert de la payer, il me parait qu'en ce cas il y a une entière parité de raison de décider, de même que dans le cas de la loi: „Si creditores" pour la décharge de la solidarité.

Pareillement, lorsque sur la demande du créancier contre l'un des débiteurs solidaires pour le paiement de sa part il est intrevenu sentence qui le condamne à payer sa part, le créancier ne peut plus lui demander le surplus: la sentence de condamnation supplée à cet égard à la volonté du débiteur pour l'acceptation de la remise du surplus; „cum in judiciis quasi contrahamus et judicatum quamdam novationem inducat."

Pothier, l. cit. tom I. No. 277. p. 183 — 185.

*) Les termes „idemque erit et si alter partem solvisset" ne doivent pas s'entendre d'un paiement fait en conséquence d'une poursuite contre le débiteur pour le paiement „de sa part."

Pothier, l. cit. p. 184.

Nach badischem Prozeßrechte wird sich die Sache insofern etwas anders gestalten, als eine Erweiterung des Klaggesuchs — nach §. 303 der Pr.O. eine Klagänderung — auch nach der verneinenden Einlassung auf die Klage in demselben Verfahren — wenigstens gegen den Willen des Beklagten — nicht mehr zulässig ist.

§§. 304. 1172. 5 der Pr.O.

Eff.

II.

Wenn Jemand Geld herleiht um einen Unterpfandsgläubiger zu befriedigen, so tritt er nur dann kraft Gesetzes in dessen Rechte ein, wenn er vorher schon Gläubiger war, A. 1251 Note 1, andernfalls muß er die Vorschriften des A. 1250 No. 2 beobachten.

Es kömmt nicht selten vor, daß man den A. 1251 Note 1 dahin versteht, daß wer einen bevorrechteten Gläubiger bezahlt, kraft Gesetzes in seine Rechte eintritt. So hat das großh. Hofgericht des Mittelrheinkreises in der Sache Siedle gegen Pfisterer unter d. 3. Februar d. J. erkannt. Das großh. Oberhofgericht hat jedoch in den Entscheidungsgründen zu dem Urtheil vom 16. November d. J. sich dahin ausgesprochen, daß nur ein Gläubiger, der einen im Rang vorgehenden Gläubiger befriedigt, kraft Gesetzes in dessen Rechte eintritt. Dieselbe Ansicht liegt auch den Entscheidungen des höchsten Gerichtshofes vom 7. Dezember d. J. in den Sachen Walther gegen die Versorgungs-Anstalt und Bader gegen dieselbe zu Grund. Die Versorgungs-Anstalt hatte nemlich ein Capital gegen erste Hypothek an X. zugesagt; da aber auf den zu verpfändenden Liegenschaften bereits eine Hypothekenforderung inscribirt war, so sollte diese aus dem neuen Darlehen heimbezahlt und gelöscht werden, was auch geschah. Die Versorgungs-Anstalt erhielt sodann eine Ausfertigung über eine erste Hypothek. Es war aber übersehen worden, daß der Schuldner, als gesetzlicher Vormund seiner minderjährigen Kinder deren Vermögen in Verwaltung hatte, und daß in Folge dessen seine Liegenschaften mit dem gesetzli-

chen Unterpfandsrecht belastet waren, wenn gleich dieses nicht inscribirt war. Bei der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners entspann sich ein Rechtsstreit zwischen der Versorgungs-Anstalt und den Minderjährigen über den Vorrang; das Unterpfandsrecht der Minderjährigen war älteren Datums, aber die Versorgungs-Anstalt machte geltend, daß sie einen noch ältern Unterpfandsgläubiger bezahlt habe, und kraft Gesetzes in dessen Rechte eingetreten sei. Das großh. Oberhofgericht entschied gegen sie, weil sie zu der Zeit, als sie den ältern Unterpfandsgläubiger befriedigte, nicht schon Gläubigerin war, A. 1251 Note 1 daher nicht anwendbar sei.

Nach dem Wortlaute des Gesetzes, sowohl in der Uebersetzung wie in dem Urtext, kann in der That kein Zweifel darüber aufkommen, daß nur derjenige, welcher zur Zeit der Befriedigung eines andern, ihm vorgehenden Gläubigers bereits Gläubiger war, in die Rechte des befriedigten Gläubigers eintritt. Auch der historische Ursprung dieser Bestimmung weist darauf. Das römische Recht kannte bekanntlich schon das **jus offerendi**, welches aber nur dem Unterpfandsgläubiger bezüglich eines ihm vorgehenden Gläubigers zustand. Thibaut §. 654. Die französischen Comentatoren

Toullier, IV. Note 140. (Belg. Ausgabe).
Troplong, Des hypothèques. Note 355,

führen als Grund der römischen Bestimmung an, daß nur der erste Hypothekar-Gläubiger das Recht gehabt habe, das Unterpfand zur Veräußerung zu bringen, — die nachfolgenden Gläubiger seien daher nur durch das **jus offerendi** im Stande gewesen, auf ihr Unterpfand zu greifen. Da aber in Frankreich kein Gläubiger gehindert sei, auf die Liegenschaften des Schuldners zu greifen, so falle damit der Grund für das **jus offerendi** weg; dennoch habe man es nicht allein beibehalten, weil man gefunden, daß es doch dem Gläubiger vortheilhaft sein könne, andere ihm vorausgehende Gläubiger zu beseitigen, sondern man habe es noch ausgedehnt, indem man allen Gläubigern das gleiche Recht einräumte, weil kein Grund vorliege, die Unterpfandsgläubiger hierin vor den andern Gläubigern zu begünstigen. So ist der Art. 1251 No. 1 entstanden, und eben daraus geht hervor, daß und warum nur dem Gläubiger gestattet ist, durch Befriedigung eines bevorzugten Gläubigers in dessen Rechte einzutreten. Das französische Gesetzbuch, hat aber nicht vergessen, auch denjenigen, welche nicht Gläubiger sind, einen Weg zu zeigen, wie sie durch Befriedigung eines Gläubigers in dessen Rechte eintreten können. Wenn nemlich der zu befriedigende Gläubiger sich weigern sollte, den Zahlenden in seine Rechte einzusetzen, so kann dieser dennoch dessen Rechte erwerben, wenn er bei der Zahlung das Verfahren beobachtet, welches Art. 1250 No. 2 vorschreibt, und dieses Verfahren ist so einfach, daß wer es versäumt, dasselbe einzuhalten, nicht den Gesetzgeber, sondern nur sich selbst wegen Mangel an gehöriger Vorsorge anklagen kann.

Dr. Ladenburg.

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXI. No. 51. Mannheim, 16. Dezember 1854.

I.

Findet in Erblehen eine successio ex pacto et providentia majorum statt?

1) Diese Frage war schon im Jahr 1843 in der Sache Sumser gegen die Stadt Freiburg bei dem großh. Oberhofgericht zur Sprache gekommen und verneinend entschieden worden. In den Jahrbüchern, n. F. 8. Jahrg. S. 171 findet sich hierüber folgende Bemerkung: „Der Umstand, daß ein Bauerngut als Erblehen verliehen worden ist, genügt für sich allein, nicht das Begehren zu begründen, daß das Rechtsverhältniß nach Lehenrecht beurtheilt werde. Denn der Ausdruck „Lehen" und „Leihe" (Verleihung) wurde, besonders wenn es sich um Begebung von Gütern nach Colonatrecht handelte, nach dem ältern Sprachgebrauch meist als gleichbedeutend genommen und es kann daher bei bäuerlichen Erblehen von Anwendung der lehenrechtlichen Vorschriften nur da die Rede sein, wo sich aus der Fassung und dem Inhalt des Vertrags die wesentlichen Merkmale eines wahren Lehens mit Bestimmtheit entnehmen lassen (Beck de jure emphytentica S. 11 ff. Buri, von den Bäuerngütern S. 259. Eichhorn deutsches Privat- und Lehenrecht §§. 227 und 241. Mittermaier, deutsch. Privatrecht VI. Auflage §. 486.) Hieraus folgt, daß, wo die letztere Voraussetzung nicht eintritt, bei Erblehen eine succesio ex pacto et providentia majorum nicht statt findet, weßwegen den Nachkommen des letzten Inhabers, wenn diesem das Erbleben durch richterilchen Spruch wegen Nichterfüllung der Vertragsverbindlichkeit entzogen und dasselbe für heimgefallen erklärt worden ist, kein Zwangsrecht auf Wiederherstellung des aufgelösten Erblehenverhältnisses zusteht." (Eichhorn a. a. O. §. 265.) Mit diesen Grundsätzen des gemeinen Rechts stimmt die neulandrechtliche Gesetzgebung überein. (L.R.S. 1831 bc. bd. und bk. vergl. mit §. 2 des V. Const.Ed.)

2) Eine dieser Ansicht direkt entgegenstehende Entscheidung des großh. Oberhofgerichts findet man in demselben Bande der obhofg. Jahrb. S. 556—562. In einer Note (S. 562) erklärt sich aber die Redaction (Bekk) gegen diese Entscheidung.

3) Dieselbe Frage kam in neuerer Zeit in folgendem Fall zur Sprache:

Nach dem Tode des Tuf. Ockenfuß, welcher ein Erblehengut von dem St. Andreas-Hospital in Offenburg besaß, war dessen ältester Sohn, Christian, mit demselben beliehen worden. Da dieser jedoch den durch den Lehenbrief ihm auferlegten Verbindlichkeiten nicht nachkam, stellte das St. Andreas-Hospital eine Klage auf Auflösung des Erblehenvertrags gegen ihn an, und erwirkte ein in allen Instanzen bestätigtes Erkenntniß, in welchem nicht allein diese Auflösung ausgesprochen, sondern auch das Erblehengut für heimgefallen, und das St. Hospital für berechtigt erklärt wurde, die dem Christian Ockenfuß daran zustehenden Rechte auszuüben.

Nun trat dessen jüngerer Bruder, Wendelin Ockenfuß, mit einer Klage gegen das St. Andreas-Hospital auf, worin er die Verleihung des Erblehenguts für sich in Anspruch nahm, weil er nach Wegfall seines Bruders der zunächst Berechtigte sei, die Vertragsauflösung aber nach L.R.S. 1351 nicht gegen ihn wirken könne.

Diese Klage wurde in erster Instanz aus folgenden Gründen abgewiesen.

„Es ist unbestritten, daß auf frühere Klage des St. Andreas-Hospitals gegen den früheren Inhaber des fraglichen Erblehens, Christian Ockenfuß, der am 30. März 1850 eingegangene Erblehenvertrag wegen Nichterfüllung der Lehenpflichten des Lehenträgers durch Urtheil diesseitiger Stelle vom 10. März 1851, das durch alle Instanzen

bestätigt worden, für aufgelöst und das Erblehen dem Lehenherrn heimgefallen erklärt wurde.

Der Kläger fordert nun als Bruder des früheren Lehenträgers Belehnung mit diesem Lehen, weil das Verhalten des Letztern seinen von dem ersten Lehenträger sich ableitenden Rechten nichts habe benehmen können, und er an diesem durchaus keine Mitschuld trage.

Dieses Begehren erscheint indessen rechtlich nicht begründet.

Nach der ganzen Fassung des mit der Klage in Abschrift vorgelegten und seinem ganzen Inhalte nach als richtig anerkannten Lehenbriefes vom März 1850 und den beiderseitigen Vorträgen handelt es sich hier zwar wohl um ein Erblehen, das schon lange im Genuß der Familie Ockensuß steht, und stets dem Inhaber für sich und seine ehelichen erbfähigen Nachkommen verliehen worden ist; allein diese Verleihung erfolgte, wie dies der Erblehenbrief wohl zu erkennen gibt, und es bei solchen Belehnungen herkömmlich ist, stets unter denselben Bedingungen und darnach auch von Anfang schon unter der Bedingung des Lehenheimfalls für den Fall der Verletzung der Lehenpflichten.

Wenn man nun auch annehmen wollte, es hätten sämmtliche ehelichen Abkömmlinge des ersten Lehenträgers ein Recht auf das Lehen durch dessen Belehnung erworben, das sie nicht durch dessen einseitiges Verhalten verlieren könnten, was wohl nicht der Fall ist, da durch übereinstimmendes Handeln des Lehenherrn und des jeweiligen Lehenträgers jede beliebige Aenderung mit dem Lehenverband getroffen, und dieser wohl ganz aufgehoben werden kann, ohne daß dazu eine Mitwirkung der Familie erforderlich ist, und da darnach der Lehenvertrag mehr nur eine Beschränkung des Lehensherrn von dem die Constituirung des Lehens herrührt, in Bezug auf die Zurückziehung des Lehens bezweckt, als Rechte späterer Nachkommen des Lehenträgers begründet, so muß dennoch aus dem ersten Vertrag gefolgert werden, daß diesen Abkömmlingen ein Anspruch auf Belehnung nur für den Fall eingeräumt und anerkannt worden sei, als von Seiten des Lehenträgers die Lehenpflichten erfüllt werden, gegen deren gewissenhafte Leistung das Lehen gegeben worden. Die Nichtleistung muß darnach den Lehenherrn berechtigen, den Vertrag vollständig aufzuheben, und das Vertragsobjekt an sich zu ziehen.

Wollte man den Deductionen des Klägers beitreten, so würde der Lehensherr bei zahlreicher Nachkommenschaft des ersten Lehenträgers genöthigt werden, stets nur Heimfallsklagen gegen jeden erbfähigen Nachkommen zu erheben, und er würde Jahre lang seinen Canon vermissen müssen, was gewiß als absurd erkannt werden müßte."

Auf ergriffene Berufung bestätigte das großh. Hofgericht des Mittelrheinkreises unter Adoptirung der Entscheidungsgründe; die Oberberufung hatte nur dasselbe Resultat, indem das großh. Oberhofgericht, ebenfalls unter Adoptirung der amtlichen Entscheidungsgründe, das hofgerichtliche Erkenntniß bestätigte. Urtheil vom 7. November 1854 J. S. Ockensuß gegen das Andreas Hospital.

§. 2.

Dadurch, daß der höchste Gerichtshof die amtlichen Entscheidungsgründe adoptirte, hat er zwar umgangen, sich direkt über unsere Frage auszusprechen; dennoch liegt in der gegebenen Entscheidung eine Verneinung derselben. Denn wenn das Recht des klagenden Bruders a majoribus abgeleitet würde, so könnte es doch wohl nicht durch die Vertragsverletzungen des letzten Inhabers verloren gehen. In den amtlichen Entscheidungsgründen hat man freilich diesen aus natürlichen Rechtsgründen fließenden Satz dadurch zu beseitigen gesucht, daß man sagt, das Erblehen sei ursprünglich nur unter der Bedingung gegeben, daß der jeweilige Lehenträger seinen Verbindlichkeiten gewissenhaft nachkomme. Hierdurch rückt man aber, meines Erachtens, der Entscheidung durchaus nicht näher. Denn wenn es auch richtig ist, daß der erste Erwerber, welcher seine Verbindlichkeiten recht erfüllt, und dadurch die Aufhebung des ursprünglichen Vertrags herbeiführt, das Erblehen nicht blos für sich, sondern auch für seine Nachkommen verliert, weil diese nicht Etwas von ihm erben können, was er selbst nicht hat, so läßt sich daraus nicht mit vollständiger Sicherheit auf den Fall schließen, wenn das Erblehen bereits vererbt ist, und einer der Erben die ihm obliegenden Verbindlichkeiten nicht erfüllt. Diese Nichterfüllung hat allerdings die Folge, daß der Vertrag in Bezug auf ihn aufgelöst wird, ob aber in Bezug auf Andere, denen eine Anwartschaft gerade bei dem Wegfallen des näher Berechtigten zusteht, das ist die Frage, und diese wird offenbar nicht durch die obige Unterstellung gelöst. Es ist ja nie bezweifelt worden, daß wenn der zunächst Berechtigte überhaupt keine Lust hat, in's Erblehen einzutreten, dieses dem folgenden Erben anfällt; dessen Rechte an dem Erblehen hängen mithin gerade davon ab, daß ein näher Berechtigter vorerst wegfällt; tritt dieser Wegfall ein durch den Tod oder durch

Verzicht des näher Berechtigten, so wird das Recht des Anwärters nicht dadurch beeinträchtigt, man müßte daher geneigt sein, daraus zu folgern, daß auch die Nichterfüllung des derzeitigen Besitzers auf das Recht des Anwärters nicht nachtheilig einwirke. Noch weniger wird man aber annehmen dürfen, daß die Nichterfüllung von Seiten des dermaligen Besitzers und der in Folge dieser Nichterfüllung eingetretene Heimfall die Wirkung äußern könne, daß nunmehr das Erblehen dem Anwärter anfalle. Denn der Anwärter ist durch den näher Berechtigten ausgeschlossen; so lange dieser lebt, hat er keinen Anspruch auf das Erblehen. Dieser sein Anspruch ist vielmehr, selbst wenn man ihn ex pacto et providentia majorum herleitet, bedingt, durch den Tod des näher Berechtigten, und nicht durch diesen allein, sondern auch durch den weitern Umstand, daß der näher Berechtigte keine erbfähigen Nachkommen hinterlassen hat. Die Verwirkung eines rechten Lehens hat daher, wie A. 34 des L.Ed. sich ausdrückt, keine für die übrigen Lehenberechtigten nachtheiligen Folgen, aber sie kann auch keinem derselben nützlich sein, mit andern Worten: der Anwärter kann daraus, daß der Lehenträger das Lehen verwirkt hat, nicht das Recht herleiten, dasselbe für sich in Anspruch zu nehmen. Ein solcher Anspruch ist vielmehr so lange unbegründet, bis derjenige oder diejenigen, welche ihn vom Lehen ausgeschlossen haben, gestorben sind. Demnach wäre sein Anspruch nicht überhaupt, sondern nur „zur Zeit" abzuweisen. Der höchste Gerichtshof hat aber in seinem Urtheil vom 7. November 1854 die Klage nicht blos zur Zeit, sondern überhaupt abgewiesen; in diesem Urtheil liegt daher der Ausspruch, daß der Kläger auch nicht einmal ein eventuelles Recht an dem Lehen habe, womit also implicite die Frage, ob bei Erblehen eine successio ex pacto et providentia majorum statt finde, verneinend entschieden ist.

§. 3.

Unsere Frage ist aber auch ausdrücklich in den amtlichen Entscheidungsgründen verneint, und der höchste Gerichtshof hat sich durch Adoptirung dieser Entscheidungsgründe für diese Ansicht ausgesprochen. Dort heißt es nemlich wörtlich: „Wenn man auch annehmen wollte, es hätten sämmtliche ehelichen Nachkommen des ersten Erwerbers ein Recht auf das Lehen durch dessen Belehnung erworben, das sie nicht durch dessen einseitiges Verhalten verlieren könnten, **w a s w o h l n i c h t d e r F a l l i s t**, da durch übereinstimmendes Handeln des Lehensherrn und des jeweiligen Lehensträgers jede beliebige Aenderung mit dem Lehenverband getroffen, und dieser selbst ganz aufgehoben werden kann, ohne daß dazu eine Mitwirkung der Familie erforderlich ist, und da hiernach der Lehenvertrag mehr nur eine Beschränkung des Lehensherrn, von dem die Constituirung des Lehens herrührt, in Bezug auf die Zurückziehung des Lehens bezweckt, als Rechte der spätern Nachkommen des Lehenträgers begründet, so muß dennoch u. s. w."

In dieser Stelle ist die successio ex pacto et providentia majorum geradezu geleugnet, und den Nachkommen des ersten Erwerbers jedes selbst eventuelle Recht abgesprochen; zur Begründung dieser Ansicht wird angeführt, daß mittels Uebereinkommen zwischen dem Lehensherrn und dem Lehenträger jede „beliebige" Veränderung mit dem Lehenverband vorgenommen, und dieser sogar ganz aufgehoben werden kann, ohne daß dazu eine Mitwirkung der Familie erforderlich ist. Dieser Grund erscheint allerdings schlagend.

Nach L.R.S. 1831 bg. können Erblehen an nicht erbberechtigten Personen veräußert werden, ohne daß einer Zustimmung der Familie erwähnt ist, — es bedarf nur der Zustimmung des Lehensherrn. Eine Wiederanlegung des Erlöses in einer die Familie sichernden Weise ist nirgends vorgeschrieben, mithin kann darüber unbedingt verfügt werden. Diese Befugniß des dermaligen Besitzers des Erblehens ist aber nicht vereinbar mit der Ansicht, daß den übrigen Nachkommen des ersten Erwerbers ein eventuelles Recht an den Erblehen zustehe.

Wegen Schulden des dermaligen Besitzers sind die Gläubiger nicht gehindert, auf das Erblehen zu greifen und dasselbe im Zwangsweg zu veräußern zu lassen. L.R.S. 1831 bf. — nur der Grundeigenthümer könnte Einsprache gegen eine solche Veräußerung erheben, aber nicht die Familie. Vrgl. auch L.R.S. 1831 ag. Es ist aber klar, daß wenn diese auch nur eventuelle Rechte besäße, der dermalige Lehenträger durch dieselben in seiner Dispositionsbefugniß beschränkt sein müßte, folglich auch keine Zwangsveräußerung wegen seiner Schulden statt finden könnte. Die Praxis nimmt auch an, daß Erblehen mit Zustimmung des Grundeigenthümers verpfändet werden können; eine Zustimmung der Agnaten einzuholen, ist wohl noch Niemanden beigefallen.

Endlich gestattet das Gesetz vom 21. April 1849 (Reg.-Bl. No. 25) die Ablösung der Erblehen; diese werden dadurch in freies, unbeschränktes Eigenthum verwan-

delt. Eventuelle Rechte der Familie sind dabei nicht berücksichtigt; man ist daher berechtigt, anzunehmen, daß der Gesetzgeber solche nicht anerkannt hat.

§. 4.

Außer diesen Folgerungen kann aber auch ein direkter Beweis aus unserm bürgerlichen Gesetzbuch dafür geführt werden, daß bei Erblehen keine successio ex pacto et providentia majorum statt findet. L.R.S. 732 verfügt nemlich, daß weder die Natur der Güter noch die Person, von der sie herkommen, den gesetzlichen Erbgang bestimmen; ausgenommen hievon, setzt L.R.S. 732a hinzu, sind die Lehen- und Stammgüter. Daß die letztgedachte Ausnahme nicht auf Erblehen zu beziehen ist, sagt Brauer in seinen Erläuterungen zu diesem Artikel ausdrücklich; außerdem verfügt auch L.R.S. 1821 bd., daß in dem Erblehen-Vertrag keine von der gesetzlichen Ordnung abweichende Art der Vererbung bedungen werden kann. Dieses Verbot kann freilich nur für die Zukunft wirksam sein, während vielleicht ältere Erblehenverträge existiren, welche eine andere Erbfolge, als die jetzt geltende, festgesetzt haben. Aber gerade diese werden durch L.R.S. 732 außer Wirksamkeit gesetzt; denn L.R.S. 2b. erkennt darin keine Rückwirkung, daß das Gesetz die künftigen Folgen eines ältern Rechtsgeschäfts ändert.

Wird die Erbfolge in ein Erblehen unter der Herrschaft des neuen Gesetzbuchs eröffnet, so tritt die neue Erbordnung ein, wenn auch der ältere Erblehenbrief eine andere Erbfolge festgesetzt haben sollte.

Man könnte vielleicht entgegnen, daß wenn auch die Erbordnung nach dem neuen Gesetz eintrete, dadurch die Frage noch nicht entschieden sei, ob der zur Nachfolge Berufene sein Recht zur Erbfolge von dem letzten Besitzer oder von dem ersten Erwerber des Erblehens herleite? Die letztere Annahme sei darum vielleicht richtiger, weil der Berufene nur dann in das Erblehen eintreten könne, wenn er zu den bei der ersten Vergleichung (im Erblehenbrief) genannten Personen gehört. L.R.S. 1831 bb.

Es kann nun allerdings diese letzte Behauptung nicht in Abrede gestellt werden, gleichwohl wird daraus die aufgestellte Folgerung nicht gezogen werden dürfen. Wenn nemlich der zur Nachfolge Berufene sein Recht nicht von dem letzten Besitzer, sondern von dem ersten Erwerber ableiten würde, so könnte, wie bei den eigentlichen Lehen (Lehen Edikt §. 29) eine Trennung des Lehens von dem übrigen Nachlaß des Verstorbenen statt finden; man könnte das Lehen annehmen und den übrigen Nachlaß ausschlagen. Daß dieß unzuläßig ist, wird wohl in der Praxis allgemein anerkannt und ist auch auf §. 2 des Lehenedikts sowohl wie aus L.R.S. 827 b. c. u. e. unschwer nachzuweisen. Daß aber nur solche Personen in ein Erblehen succediren können, welche durch den Erblehenbrief hiezu berufen sind, hat seinen ganz natürlichen Grund darin, daß dieser Vertrag das Gesetz unter den contrahirenden Theilen bildet, und der Lehenträger sowie seine Nachkommen nicht mehr Rechte in Anspruch nehmen können, als ihnen durch diesen Vertrag bewilligt sind. Um einen Vertrag überhaupt geltend machen zu können, muß man entweder selbst zu den contrahirenden Personen gehören, oder Rechtsfolger derselben sein, L.R.S. 1122, mithin können die Nachkommen des ersten Contrahenten nur insofern den Erblehen-Vertrag für sich geltend machen, als sie dessen Erben geworden sind. Die Eigenschaft eines Erben oder Rechtsfolgers des ursprünglichen Contrahenten ist daher nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen das erste Erforderniß für denjenigen, der den Erblehenbrief für sich geltend machen will; außerdem muß aber auch aus dem Inhalt des Lehenbriefs dasjenige hervorgehen, was die Nachkommen des letzten Lehenbesitzers für sich in Anspruch nehmen, d. h. sie müssen zu denjenigen Personen gehören, für welche in dem Erblehenbrief die Verleihung zugesichert worden ist. Es verhält sich daher mit dem Anspruch der Familie des letzten Erblehenbesitzers gerade so wie mit jedem Anspruch aus einem Vertrag, den der Ansprechende nicht selbst abgeschlossen hat: dieser muß sich zunächst ad causam legitimiren, d. h. nachweisen, inwiefern er berechtigt ist, einen Vertrag für sich geltend zu machen, bei dem er nicht selbst mitgewirkt hat; außerdem muß er seinen Anspruch aus dem Inhalt des Vertrags begründen.

In dieser Beziehung findet daher bei Erblehen nichts Singuläres statt, sondern alles steht mit den allgemeinen Rechtsgrundsätzen in vollständiger Uebereinstimmung.

§. 5.

Schließlich dürften noch zwei Bemerkungen hier am Platze sein, nemlich

1) daß diejenigen, welche bei Erblehen eine successio ex pacto et providentia majorum annehmen, mit L.R.S. 896 in Widerspruch gerathen. Es ist bekannt, daß dieser Artikel direkt gegen die s. g. Fideicommisse gerichtet ist. Durch denselben ist aber, wie Brauer in seinen Erläuterungen zu diesem L.R.S. bemerkt, nicht allein die Errichtung solcher Fideicommisse verboten, sondern es sollen

auch die früher errichteten nicht länger fortdauern; dieses soll durch den zweiten Satz des L.R.S., wonach jede Verfügung, welche einem Erben oder Legatar die Verbindlichkeit auferlegt, einem andern etwas aufzubewahren und ihm auszuliefern, für den beschwerten Erben oder Legatar unverbindlich ist, ausgedrückt werden. Ausgenommen von dieser Verfügung sind nur diejenigen Güter, welche durch Verordnung des Staatsoberhaupts zu Gunsten seiner eigenen Familie, oder stamm- und lehenberechtigter Familien für Stammgüter erklärt sind, und welche allein nach den deßfallsigen besondere Gesetzen als Erbe für die Nachkommen unveräußerlich sein können. Diese bestimmt abgegränzte Ausnahme läßt durchaus keinen Zweifel, daß wenn bei Erbleben, sei es nach gemeinem oder nach älterm Partikular Recht, eine successio ex pacto et providentia majorum je stattgefunden hätte, diese nunmehr aufgehoben und abgeschafft ist. Der dermalige Besitzer könnte nicht mehr für verpflichtet erachtet werden, seinen Nachkommen oder anderen Verwandten das Erblehen aufzubewahren und künftig auszuliefern.

2) Eine andere Bemerkung bezieht sich auf LRS. 1831 b.k. wo gesagt ist, daß der Richter den Erbbestand außer den Fällen, in welchen überhaupt Vertrags-Verbindlichkeiten aufgelöst werden können, auch dann für erloschen erklären kann, wenn u. s. w.

Hier ist das ganze aus einem Erblehen resultirende Verhältniß ein Vertrags-Verhältniß genannt, und die Anwendbarkeit der allgemeinen Grundsätze über Vertragsauflösung auf Erblehen ausgesprochen. Wird nun ein Vertrag aufgelöst, so kann weder Einer der Contrahenten, noch Einer seiner Rechtsfolger mehr Rechte aus dem aufgelösten Vertrag herleiten, mithin kann ebensowenig, nachdem der Erblehen-Vertrag aufgelöst ist, irgend ein Rechts-Anspruch daraus hergeleitet werden. Gleichsam um keinen Zweifel übrig zu lassen, hat der Gesetzgeber sich neben dem Ausdruck „Vertrags-Auflösung“, welcher auch auf die Auflösung des Vertrags zwischen dem letzten Besitzer und dem Grund-Eigenthümer bezogen werden könnte, noch der weitern Worte bedient: Der Richter kann den Erbbestand für erloschen erklären.“ Wenn nun ein richterlicher Ausspruch demgemäß erfolgt ist, so ist es klar, daß Niemand mehr aus einem bereits erloschenen Rechtsverhältniß Ansprüche abzuleiten befugt sein kann, und eben darum dürfte die neueste Entscheidung des großh. Oberhofgerichts als vollkommen gerechtfertigt erscheinen.

Dr. Ladenburg.

II.

Zur Auslegung des §. 14 des ersten Constitutionsediktes vom Jahr 1807, die kirchliche Staatsverfassung des Großherzogthums Baden betreffend. (Annalen XXI. 298 und 360).

Das großh. Oberhofgericht ist der Ansicht über die Auslegung des §. 14 des ersten Constitutionsediktes, welche das mittelrheinische Hofgericht in seinem Erkenntnisse gegen Dr. Schlayer von Kappel wegen Gefährdung der öffentlichen Ruhe und Ordnung ausgesprochen hat, nicht beigetreten. Es hat das Versäumnungserkenntniß des großh. Stadtamtes Carlsruhe vom 14. Juli, und das hofgerichtliche Urtheil vom 26. September l. J. aufgehoben. Die zu diesem oberrichterlichen Ausspruche gegebenen Entscheidungsgründe, welche sich über die Entscheidungsgründe des mittelrheinischen Hofgerichts zu seinem Erkenntnisse, wie über die in dem Aufsatze No. 38 dieses Blattes niedergelegten Grundsätze im Einzelnen verbreiten, lauten wie folgt:

Gegen das hofgerichtliche Urtheil ist sich zunächst um deßwillen beschwert, und dessen Aufhebung beantragt worden, weil bei dem demselben zu Grunde liegenden Untersuchungsverfahren der §. 14 des 1. Const.Ed. vom 14. Mai 1807 (die kirchliche Staatsverfassung betr.) der namentlich in Verbindung mit der diesem Staatsgrundgesetz beigefügten Schlußsanktion eine für die Rechtsbeständigkeit jenes Verfahrens wesentliche Vorschrift enthalte, nicht beobachtet worden war.

Es verfügt nemlich der §. 14, nachdem er erklärt hat, es könne von der Kirchengewalt keine Straf- und Streit-Gerichtsbarkeit und keine Rechts-Polizei ferner ausgeübt werden:

> „jedoch kann diese Behörde (welcher diese Gattung von Gegenständen zum Erkenntniß zugewiesen ist), unverschiebliche Nothfälle ausgenommen, keine Kirchen- und Schuldiener zur persönlichen Erscheinung vorladen, ohne Benachrichtigung und Miteinladung zur Beiwirkung an die unmittelbare geistliche Aufsichtsbehörde.“

In der Schlußsanktion aber heißt es:

> „Zu dem Ende verkündigen Wir jene Grundsätze anmit zu Jedermanns Wissenschaft und Nachachtung, mit dem Vermelden, daß ꝛc. unsere Minister, Räthe und Diener auch Angehörige, Geistliche und Weltliche — in allen ihren Amts- und Privathandlun-

gen sich bei Strafe der ewigen und unverjährbaren Nichtigkeit jeder Entgegenhandlung genau darnach achten und benehmen sollen."

Was nun auch der Zweck, was immer der Umfang der für die kirchliche Aufsichtsbehörde in dem §. 14 vorbehaltenen Befugnisse ursprünglich gewesen sein möge, oder jetzt noch sein kann, gleichviel ferner, ob — wie das großh. Hofgericht angenommen hat, nach der Fassung des §. 14 für sich betrachtet — die Pflicht des Vorgeladenen zu erscheinen nicht von der Benachrichtigung der Aufsichtsbehörde abhängig gemacht ist; oder ob — wie der refurrentische Anwalt auszuführen versuchte — schon in der Disposition des §. 14 selbst der Ausdruck einer nothwendigen Förmlichkeit erblickt werden muß; — ob dem §. 14 — wie der urtheilende Gerichtshof weiter annimmt, nur eine dienstliche Rücksicht zu Grunde liegt, während der refurrentische Anwalt eine Schranke für die weltliche Gerichtsbarkeit darin finden will; so ist jedenfalls so viel gewiß, daß die Schlußsanktion, auf deren Nichtbeobachtung ausdrücklich die Nichtigkeit gesetzt und damit dem Richter in unbedingt gebietenden — einer andern Deutung nicht fähigen — Worten die Pflicht auferlegt hat, die ohne Benachrichtigung der Aufsichtsbehörde geschehene persönliche Vorladung des Angeklagten und folgeweise aller darauf gebauten Handlungen, weil ein unverschieblicher Nothfall hier nicht in Frage steht, aufzuheben, — und zwar ebenso unbedingt, und ohne zu gestatten, daß nach Maßgabe des L.R.S. 6k vorerst noch in eine Erörterung der Frage eingegangen werde: „ob der Zweck des §. 14 im einzelnen, also namentlich im vorliegenden Falle, in anderer Weise, als durch die gleichzeitige Benachrichtigung der Aufsichtsbehörde von der ersten Vorladung, wie etwa durch Nachholung dessen, was dadurch versäumt war, oder durch die von dem Vorgeladenen selbst seiner Dienstbehörde gegebene Nachricht hätte erreicht werden können: oder ob derselbe nach der Beschaffenheit der vorliegenden Verhältnisse und insbesondere dadurch in der That als erreicht zu betrachten ist, daß das gr. Hofgericht dem unmittelbaren Vorgesetzten des Angeklagten von der bei diesem Gerichtshofe zur mündlichen Verhandlung anberaumten Tagfahrt Kenntniß gegeben hatte.

Das Bedenken, es beziehe sich die Schlußsanktion, da sie von der Festsetzung von Grundzügen und der Verkündung von „Grundsätzen" spreche, nicht auf die hier fragliche Bestimmung des §. 14, ist selbst dann nicht begründet, wenn es sich dabei nur um dienstliche Rücksichten handelt.

Denn ihr allgemeiner Wortlaut, welcher die in den vorhergehenden §§. enthaltenen Bestimmungen ohne alle Ausnahme in ihrer Gesammtheit und wechselseitigen Beziehung umfaßt, gestattet nicht die Ausscheidung und Sonderstellung einer einzelnen derselben. Wie gerade jene Bestimmung mit dem ersten Theile des §. 14, durch welchen die kirchliche Gerichtsbarkeit aufgehoben wurde, in einem engen Zusammenhang steht, der es nicht erlaubt, alles dasjenige, was für diesen gilt, nicht auch für jene gelten zu lassen, zeigen deutlich die Worte:

„Jedoch kann rc. rc., durch welchen die beiden Abschnitte des §. 14 in Verbindung gebracht sind.

Und daß die Absicht des Gesetzgebers auch darauf gerichtet war, wird durch die Betrachtung nahe gelegt, daß derselbe bei Aufhebung der kirchlichen Gerichtsbarkeit die Zusage, es solle kein Kirchendiener ohne gleichzeitige Benachrichtigung rc. rc. seiner Aufsichtsbehörde vor die weltlichen Gerichte vorgeladen werden, für so wichtig, und sowohl dem öffentlichen Interesse überhaupt, als insbesondere dem Interesse, dem Ansehen, sowie auch dem Wunsche der Kirchengewalt so sehr entsprechend ansehen konnte, um deren Aufrechthaltung und Handhabung für wesentlich nothwendig zu erklären und durch Androhung der Nichtigkeit vor jeder Entgegenhandlung zu sichern.

Mithin fragt es sich blos darum, ob der zweite Theil des §. 14 durch spätere Gesetze aufgehoben worden, resp. mit den Letzteren noch vereinbarlich ist. Eine ausdrückliche Aufhebung ist nirgends erfolgt, auch von der gr. Staatsbehörde nicht behauptet, vielmehr ist der Fortbestand des ersten Const.-Ediktes im Ganzen bezüglich der Civilgesetzgebung noch erst durch §. 18 des ersten, und §. 2 des zweiten Einführungs-Ediktes zum Landrecht mit einer nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen sich von selbst verstehenden Ausnahme anerkannt.

Ebensowenig aber läßt sich eine stillschweigende Aufhebung nachweisen, resp. die Behauptung rechtfertigen, daß die im §. 14 verordnete Benachrichtigung rc. rc. der Aufsichtsbehörde neben den neuern Verfassungs- und Strafgesetzen nicht fortbestehen könne.

Der Zweck ist dahin ausdrücklich bezeichnet:

„Daß nichts dem Ansehen des Amtes oder dem Interesse der Kirche Nachtheiliges dabei unterlaufe."

Sie ist demnach nicht sowohl, oder doch nicht zunächst zum Schutze des einzelnen Kirchendieners, sondern zu

Gunsten des Ansehens des von ihm bekleideten Amtes und der Kirche überhaupt vorgeschrieben, wenn gleich dieselbe mittelbar — je nach Beschaffenheit des einzelnen Falles — ebenso zum Vortheil wie zum Nachtheil der betheiligten Personen gereichen kann.

Was das Ansehen des Amtes und das Interesse der Kirche in jedem einzelnen Falle vorzukehren erheischen mag, ist hiebei nicht bestimmt und konnte begreiflicher Weise nicht zum Voraus bestimmt werden. Ebenso ist die Art und Weise, wie es zu geschehen hat, des Näheren darin beschrieben. Allein es versteht sich von selbst, daß es überall nur auf die Weise und innerhalb derjenigen Schranken geschehen kann, welche durch die jeweils bestehenden Gesetze — namentlich über die Gerichtsverfassung und über das gerichtliche Verfahren gezogen sind.

Liegt schon gar kein Grund zu der Annahme vor, als sei durch die verordnete Miteinladung der Aufsichtsbehörde zur Beiwirkung ein gemischtes Gericht bestellt, und dadurch der ordentliche Richter in der unabhängigen Ausübung seines Amtes beschränkt worden, indem im Gegentheil der §. 14 die weltl. Behörde dadurch als von der Kirchengewalt vollkommen unabhängig geradezu erklärt hat, daß er der letzteren jede Gerichtsbarkeit unbedingt entzogen, und jener ausschließlich (allein) beigelegt hat: geht man sodann nicht von der unrichtigen, mit dem §. 14 selbst gar nicht vereinbarlichen Unterstellung aus, als müsse „die Beiwirkung der kirchlichen Aufsichtsbehörde" nothwendig eine solche sein, durch die der zuständige Richter in der selbstständigen Ausübung seines Amtes beschränkt und gehindert werde, setzt man namentlich nicht voraus, es müsse sich der allein zuständige Richter nicht nur solche Anträge oder Bemerkungen der kirchlichen Aufsichtsbehörde, die er selbst für sachgemäß und begründet erkannt, oder die etwa durch die verfassungsmäßige gerichtliche Oberbehörde, dafür anerkannt werde, sondern jede beliebige Einstreuung gefallen und den Fortgang einer Verhandlung oder Untersuchung dadurch stören und aufhalten lassen; so fallen alle die Anstände hinweg, die aus den erwähnten neueren Gesetzen, insbesondere aber aus den §§. 14 und 15 der landständischen Verfassungsurkunde von 1818 (bezüglich der Unabhängigkeit der Gerichte und des Rechtes vor den ordentlichen Richter gestellt zu werden) gegen den Fortbestand des §. 14 erhoben worden sind.

Von einer Ungleichheit vor dem Gesetze (§. 17. vergl. 7 ibidem) kann gleichfalls die Rede nicht sein, denn die in jenen Schranken sich bewegende „Beiwirkung der Aufsichtsbehörde" erscheint weder als Begünstigung, noch als Zurücksetzung gegen andere Staatsangehörige, weil deren Erfolg überall dem Ermessen des ordentlichen Richters anheim gestellt bleibt, somit für und wider den Diener nichts geschieht, was nicht in dem Gesetze seine Rechtfertigung fände. Aus dem gleichen Grunde zerfällt das aus der allgemeinen Ungunst der neueren Gesetze gegen alle Standes-Privilegien geschöpfte Argument, das übrigens nicht einmal unbedingt richtig ist, da selbst in diesem neueren Gesetze — wie z. B. in §. 51 des St.G.B. den persönlichen Verhältnissen in sonst gleichen Fällen Rechnung getragen wird, — zum Beweis, daß die Gleichheit vor dem Gesetz nicht als eine Abstraction aufzufassen ist und nicht als eine absolute gedacht werden kann.

Daß durch das blose Stillschweigen der neuen allgemeinen Gesetze das zur Verwahrung des Ansehens des kirchlichen Amtes und des Interesses der Kirche gegebene specielle Gesetz, das insbesondere deßhalb, weil der §. 5 des Gesetzes vom 5. Februar 1851 der Vorschrift des §. 14 des kirchlichen Const.-Edikts neben den andern dortselbst aufgezählten als fortbestehend nicht gedenkt, dieses ältere Grundgesetz nicht als aufgehoben angesehen werden könne, bedarf — abgesehen davon, daß es überhaupt nicht in die Categorie der Strafgesetze gehört, und daß der §. 4 desselben Gesetzes vom 5. Februar 1851 den §. 14 ebensowenig unter den aufgehobenen Gesetzen erwähnt, keiner weiteren Ausführung.

Die darüber erhobene Streitfrage endlich, ob der Angeklagte, oder ob die Aufsichtsbehörde zur Geltendmachung der von dem Untersuchungsrichter nicht beachteten Vorschrift des §. 14 vor dem großh. Hofgerichte sowohl als im Rekurswege vor dem obersten Gerichtshofe legitimirt sei, erledigt sich, wenn man nicht den einen, wie die andern — Jenen, weil der §. 14 jedem bei der Handlung Betheiligten auch ein Recht auf die Beobachtung der darin enthaltenen Vorschrift gewährt, — Diese, weil sie zur Wahrung der genannten Interessen beizuziehen war, dazu für befugt erachten könnte, in dem vorliegenden Falle dadurch, daß beide zusammen sowohl bei dem großh. Hofgerichte, als in der Rekursinstanz sich dagegen beschwert haben.

Wenn hiernach und was die Kosten betrifft, in Gemäßheit des §. 357 der St.Pr.O. so, wie geschehen,

erkannt werden mußte, so versteht es sich doch von selbst, daß durch die gegenwärtige Entscheidung die angeordnete Beschlagnahme der incriminirten Schrift so wenig berührt als der großh. Staatsbehörde benommen ist, die erhobene Anklage weiter zu verfolgen.

III.

Die Unterlassung der Capitalsteuererklärung bildet nicht schon an und für sich eine strafbare Capitalsteuerdefraudation, sondern nur unter der Voraussetzung, daß der Steuerpflichtige vorher zweimal in der vorgeschriebenen Weise gemahnt worden ist.

Obwohl das Capitalsteuer-Gesetz bereits in No. XVII. des Reg.-Bl. vom Jahr 1850 verkündet worden ist, und schon früher, nemlich 1848 und 1849, ähnliche Gesetze erlassen worden waren, so kommt es doch ziemlich häufig vor, daß Capitalisten dem Gebote des Gesetzes, ihr der Capitalsteuer unterworfenes Einkommen bei dem Schatzungsrathe anzumelden, keine Folge leisten, indem sie theils, weil dem Geschäftsleben fremd, das Gesetz in der That noch nicht kennen, und theils auch sich auf diese Weise der Entrichtung der Capitalsteuer entziehen wollen.

Auf der andern Seite sind die Schatzungsräthe bisweilen nicht in der Lage, sich die Kenntniß zu verschaffen, daß, wie Art. 13 des Gesetzes sagt, „ein Steuerpflichtiger im Besitze eines der Capitalsteuer unterworfenen Capitals oder eines dieser Steuer unterworfenen Bezugs ist, gleichwohl aber die Capitalsteuererklärung nicht eingereicht hat." Deßhalb unterbleibt dann die in eben jenem Artikel vorgeschriebene spezielle Mahnung, und der Steuerpflichtige entrichtet die Capitalsteuer nicht, da er ohne die eigene Anmeldung und ohne Einschreiten des Schatzungsraths zu deren Bezahlung nicht beigezogen wird. Soll nun, wenn sich dieß später herausstellt, der Steuerpflichtige nicht nur, was ganz in der Ordnung ist, die Capitalsteuer nachzahlen, sondern auch mit der Defraudationsstrafe belegt werden?

Wenn man bedenkt, daß es sich um die Einführung einer neuen Art von Besteuerung handelte, so wird man sich wohl geneigt fühlen, eine Mahnung des Steuerpflichtigen zu verlangen, ehe man ihn als Defraudanten ansieht. In dieser milderen Weise legt nun auch das großh. Hofgericht des Mittelrheinkreises jenes Gesetz aus und stützt seine Ansicht auf folgende Erwägungen:

Die Strafbestimmungen des Capitalsteuergesetzes sind in den Art. 13 und 16 desselben enthalten. In dem ersten ist bestimmt, daß derjenige, welcher die erste Mahnung des Schatzungsraths, seine nicht eingereichte Capitalsteuererklärung nachträglich abzugeben, unbeachtet läßt, in eine Ordnungsstrafe von 10 fl. verfällt und nochmals mit Frist von 3 Tagen gemahnt werden soll. Nach Ablauf dieser Frist, heißt es dann weiter, sollen die Bestimmungen des Art. 16 gegen den Säumigen in Kraft treten, und dieser so angesehen werden, als habe er die Erklärung abgegeben, daß er kein der Capitalsteuer unterworfenes Einkommen besitze.

Der Art. 16 besagt:

> Wer ihm zustehende Capitalien oder der Capitalsteuer unterworfene Bezüge, über deren Besitz und Größe er sich nicht wohl täuschen konnte, in seiner Erklärung anzuzeigen unterlassen, oder den Schatzungsrath oder das Steuerschwurgericht, beziehungsweise die Steuerdirektion, durch irrige Angaben getäuscht, hat, und deßhalb mit einer geringeren als der gesetzmäßigen oder mit gar keiner Steuer belegt worden ist, verfällt in die Strafe des vierfachen Betrags rc.

(Schluß folgt.)

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.

Annalen

der Großherzoglich Badischen Gerichte.

Jahrgang XXI. No. 52. Mannheim, 23. Dezember 1854.

I.

Die Unterlassung der Capitalsteuererklärung bildet nicht schon an und für sich eine strafbare Capitalsteuerdefraudation, sondern nur unter der Voraussetzung, daß der Steuerpflichtige vorher zweimal in der vorgeschriebenen Weise gemahnt worden ist.

(Schluß.)

Nach dem klaren Wortlaute dieser Gesetzesstellen, und der klare Wortlaut muß bei der Auslegung eines jeden Gesetzes zunächst als Richtschnur dienen, wird als Bedingung des Eintretens einer Defraudationsstrafe vorausgesetzt, daß der Steuerpflichtige entweder eine wirkliche Erklärung abgegeben hat, die sich als falsch erweist, oder daß in Anwendung von Art. 13 die gesetzliche Vermuthung eintritt, als habe er die Erklärung abgegeben, daß er kein der Kapitalsteuer unterworfenes Einkommen besitze.

Es ist aber im Strafrecht ein allgemein gültiger und im §. 1 an die Spitze des Strafgesetzbuchs gestellter Grundsatz, daß eine Strafe nur da zu erkennen sei, wo das Gesetz sie androht. Das Gesetz droht aber, wie gesagt, die Kapitalsteuerdefraudationsstrafe nur da an, wo die falsche Declaration entweder wirklich stattgehabt hat, oder wo gesetzlich vermuthet werden soll, daß sie stattgehabt habe. In andern Fällen kann daher auch die Strafe nicht erkannt werden.

Wenn nun ein Steuerpflichtiger gar keine Erklärung abgegeben hat, und wenn die gesetzliche Vermuthung, als habe er dies gethan, gegen ihn nicht eintreten kann, weil er nicht gemahnt worden ist, dann kann er auch nicht mit Strafe belegt werden, und es kommt darauf nicht an, ob der Schatzungsrath Kenntniß davon hatte, oder sich hätte verschaffen können, daß derselbe ein steuerbares Kapitalvermögen besitze. Hinsichtlich der Straffälligkeit macht das Gesetz nirgends einen Unterschied zwischen demjenigen, von welchem der Schatzungsrath wußte, daß er ein steuerbares Einkommen habe, und demjenigen, bezüglich dessen dem Schatzungsrath diese Kenntniß abging, daher auch der Richter einen solchen Unterschied nicht machen darf. Das Gesetz verpflichtet den Schatzungsrath zwar nur da zu den vorgeschriebenen Mahnungen, wo er Kenntniß hatte, daß ein Steuerpflichtiger, welcher keine Erklärung abgegeben hat, wirklich im Besitze eines steuerbaren Kapitalvermögens sei, es bestimmt aber nirgends, daß derjenige, von welchem dem Schatzungsrathe diese Kenntniß abging, auch ohne die vorausgegangenen Mahnungen straffällig sei. Es ist Sache der Steuerbehörden, deßfalls die geeigneten Erkundigungen einzuziehen und die Mahnungen sodann zu bewirken; das Gesetz hat sie hiezu ausdrücklich verpflichtet und ihnen mehrfache Rechte eingeräumt, welche dazu geeignet sind, ihnen die Kenntnißnahme von dem Vorhandensein steuerbaren Kapitalvermögens zu erleichtern.

X.

II.

1) **Der Erwerber einer im Zwangswege versteigerten Liegenschaft kann gegenüber den bei der Verweisung des Steigerungserlöses ohne Befriedigung gebliebenen Gläubigern den Ausstrich ihrer Pfandeinträge begehren, ohne daß er die Bezahlung des Steigerungspreises nachzuweisen verbunden ist.**

2) Ueberhaupt tritt die Befreiung des versteigerten Guts von der Unterpfandslast, bezüglich aller leer ausgegangenen Gläubiger nicht erst durch die Bezahlung des Steigerungspreises, sondern durch die Versteigerung selbst ein.

3) Das Unterlassen der Benachrichtigung von der Versteigerung hat nur die Folge, daß geeigneten Falls das Recht des Nachbietens während der Nothfrist von einem Jahre gewahrt bleibt.

Annalen XVI. S. 176. XVIII. S. 349. XIX. S. 344. Oberhofg. Jahrb. n. F. Bd. VII. S. 179.

Die Ehefrau Knapp's trat unter Ermächtigung ihres Mannes gegen Joseph Gerstner mit einer Pfandstrichsklage auf, indem sie behauptete, daß sie das Haus, auf welches der Beklagte früher einen Pfandeintrag erwirkt hatte, in einer Zwangversteigerung erworben habe, mit dem Steigerungspreis an andere Gläubiger verwiesen worden sei, und dieselben auch befriedigt habe. Der Beklagte wendete ein, daß er keine Benachrichtigung von der Versteigerungstagfahrt erhalten habe. Der Unterrichter verwarf diese Einrede, nahm den Beweis der Zahlung als erbracht an, und erkannte zu Gunsten der Klägerin. Das großh. Hofgericht des Mittelrheinkreises überzeugte sich zwar, daß jener Beweis keineswegs geführt sei, erließ aber dennoch am 3. November l. J. ein bestätigendes Urtheil.

Hofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Daß der Käufer, welcher bei einer Zwangsversteigerung, also bei einem unter der Autorität der Behörden vollzogenen öffentlichen Acte, eine Liegenschaft erworben hat, in seinem Eigenthum möglichst geschützt werden muß, ist ebenso natürlich, als um den Credit solcher Acte willen nothwendig. (v. Weiler Motive S. 88. 92).

Zu diesem Zwecke enthält die Pr.O. außer andern Vorschriften in §. 1023—1025 (früher in §. 1056—1058) die erforderlichen Bestimmungen zur Beseitigung der besonders erheblichen Gefahr, welche für die Sicherheit des neuen Eigenthümers durch das Vorhandensein von Unterpfandslasten seiner Liegenschaft entsteht. Darnach soll, wie sich aus dem Schlußsatze von §. 1024 (früher 1057) in Gemäßheit der obigen Betrachtungsweise unzweifelhaft ergibt, nach der Versteigerung sogar der rechtzeitig eingetragene Pfandgläubiger, welcher keine Benachrichtigung von der Versteigerung erhielt, kein anderes Recht haben, als während eines Jahres vom Tage des endlichen Zuschlags an die Befugniß des Nachbietens nach Maßgabe von L.R.S. 2185—2189 auszuüben.*) Kann, wie dies hier der Fall ist, von diesem Rechte wegen Ablaufs der Frist kein Gebrauch mehr gemacht werden, oder ist die Benachrichtigung erfolgt, oder ist ein Eintrag verspätet, beziehungsweise gar nicht vorhanden, so verlieren die Pfand- und Vorzugsrechte alle Wirkung, sofern nicht die Forderung durch die Verweisung des Steigschillings ganz oder theilweise zur Befriedigung gelangt. Wenn §. 1023 und Abs. 1 von §. 1024 (früher §. 1056. 1057) dieß durch die Worte ausdrückt, daß nach der Zahlung des verwiesenen Steigerungspreises die Befreiung von der Unterpfandslast eintrete, so findet dieß zwar hinsichtlich der auf den Steigschilling angewiesenen Gläubiger seine Anwendung dem Wortlaute nach, bezüglich der anderen, nemlich der ohne Befriedigung bleibenden Gläubiger aber kann es nach dem Obigen nur die Bedeutung haben, daß sie so lang, als der betreibende Gläubiger die wirkliche Zahlung nicht erhalten hat, geeigneten Falls auf dem Wege der Einsprache nach §. 1039. 1041 Pr.O. ihr etwaiges besseres Recht geltend machen können. Dem Steigerer gegenüber aber ist dieß, wobei es sich nur um die Frage handelt, wem der Steigschilling gebühre, ganz unerheblich, und es können sich aus diesem Grunde die nicht verwiesenen Gläubiger auch nicht weigern, den Strich ihrer Pfandeinträge zu bewilligen, da ihr Pfandrecht in gesetzmäßiger Weise abgethan ist. L.R.S. 2160 vrgl. mit §. 133 der Vollstreck.Ordn. Reg.-Bl. 1851 S. 735. — Solche und andere nur mögliche Interessen an der Aufrechterhaltung des Pfandeintrags können dem Rechte des Steigerers auf die vom Gesetze zugesicherte Freiheit seines Eigenthums nicht entgegenstehen. Nur wenn ein solcher Gläubiger zeigen könnte, daß er ein wirkliches, bereits bestehendes Recht habe, welches durch die Ausstreichung seines Pfandeintrags verletzt würde, könnte die Frage entstehen, ob nicht diese Ausstreichung wenigstens zur Zeit noch unterbleiben solle.

Im vorliegenden Fall nun hat es sich durch die Verhandlungen herausgestellt, daß der Beklagte nicht zu den

*) Daß §. 1025 P. O. das Nachbietungsrecht an eine Frist bindet, deren Einhaltung der Richter von Amtswegen zu prüfen hat, kann nach Absicht und Sprache des Gesetzes nicht bezweifelt werden.

Vrgl. die Aufsätze 3. I. 2. und 3. II. in No. 48 der diesjährigen Annalen. D. Eins.

Gläubigern gehört, an welche die Klägerin nach der Verweisung den Preis des von ihr bei der Zwangsversteigerung erworbenen Hauses zu bezahlen hat; der Beklagte hat auch nicht behauptet, daß ihm sein Pfandeintrag aus einem bereits eingetretenen Grunde (z. B. zur Anfechtung der Verweisung wegen Unrichtigkeit oder zu einem andern Zwecke) noch nothwendig sei, die unterbliebene Benachrichtigung des Beklagten von der Versteigerung ist nach dem Obigen wegen Ablaufs der Frist zum Nachbieten ohne Erheblichkeit. Mithin sind alle jene Voraussetzungen vorhanden, welche das Begehren der Klägerin auf Ausstreichung des Pfandeintrags rechtfertigen. Darauf, daß der Unterrichter allerdings irrthümlich den Beweis der Zahlung des Steigschillings als erbracht ansah, kommt nichts an, denn die Klägerin hatte nach der erwähnten Sachlage dem Beklagten gegenüber gar nicht die Verpflichtung, diesen Nachweis zu liefern. Demnach ist der Beklagte durch das, den Pfandstreich anordnende, unterrichterliche Urtheil nicht beschwert.

Bemerkung.

Die Minderheit der Stimmführer war der Ansicht, daß, weil die Zahlung des verwiesenen Steigerungspreises nicht bewiesen, und offenbar in der That noch nicht erfolgt war, die Klage auf Pfandstrich jedenfalls zur Zeit noch nicht begründet, und deßhalb das amtliche Urtheil zu Gunsten des Beklagten abzuändern sei. Dieselbe berief sich darauf, daß das Gesetz (Pr.O. §. 1021. 1024 vrgl. mit §. 133 Vollstreck.O.) die Befreiung des Guts von der Unterpfandslast erst eintreten lasse „nach auf Anweisung der zuständigen Behörde geschehener Zahlung des Steigerungspreises“, mithin ohne den Nachweis der Zahlung der Steigerer die Freiheit seines Guts nicht ansprechen könne. Man dürfe, wurde weiter geltend gemacht, diese allgemein lautende Bestimmung nicht auf die nach der Verweisung zur Befriedigung kommenden Gläubiger beschränken, indem dadurch ein dem Gesetze fremder Unterschied zwischen den Gläubigern gemacht werde. Auch habe der Gläubiger, welcher nach der Verweisung leer ausgeht, ein wesentliches Interesse an dem Bestand seines Pfandeintrags, da hievon nicht nur sein Einspruchsrecht abhänge, sondern auch die Möglichkeit, im Falle des §. 1033 Pr.O. von dem Mehrerlös Theil zu nehmen. Da es sich um Beseitigung eines wohl erworbenen Rechts handle, verdiene der Pfandgläubiger gleichfalls Schutz, und man dürfe demselben nicht zumuthen, daß er sein Recht noch durch den Nachweis eines weiteren, bereits bestehenden Interesse vertheidigen müsse, zumal dasselbe auch erst später entstehen könne, indem man insbesondere nicht im voraus wissen könne, ob der Steigerer nicht zahle, deßhalb eine Wiederversteigerung eintrete, und sich dabei ein den Gläubigern zufallender Ueberschuß ergebe. Gegen letzteren Grund wurde übrigens bei der Besprechung eingewendet, daß der Pfandstrich nur zu Gunsten des Steigerers wirke, und daher nach der Wiederversteigerung einem Anspruch auf den Ueberschuß nicht hinderlich sein könne.

Schließlich wurde von der Minderheit darauf hingewiesen, daß auch die ähnliche Bestimmung des L.R.S. 2186 am Ende die wirkliche Zahlung des Kaufpreises oder dessen Hinterlegung erfordere.

Als praktischer, den Verkehrsverhältnissen entnommener Grund für die Entscheidung des Gerichtshofs wurde noch angeführt, daß die Steigerer häufig, um den Steigerungspreis zu zahlen, ein Anleihen aufnehmen müssen, und solches nicht erhalten, wenn sie nicht die Pfandfreiheit, bezüglich der nicht verwiesenen Gläubiger bewirken können. Dem ließe sich freilich entgegenhalten, daß die Subrogation nach Maßgabe von L.R.S. 1250 Z. 2 ein Mittel der Abhilfe gewähre, allein diese sei wegen ihrer Umständlichkeit bei uns fast gar nicht im Gebrauch. —

Auch in einem andern Senat des Gerichtshofs wurde kürzlich ein solcher Fall ebenso, wie hier mitgetheilt wird, entschieden.

Dr. Puchelt.

III.

Ueber die Folgen der Auswanderung Minderjähriger bezüglich ihres Staatsbürgerrechts, und namentlich bezüglich ihrer Erbfähigkeit.

Durch die gleichmäßigen Urtheile aller dreier Instanzen wurde in nachstehendem Falle dem Kläger das angesprochene, ausschließliche Erbrecht zuerkannt.

Oberhofgerichtliche Entscheidungsgründe.

Zu dem Urtheile vom 21. November l. J. In Sachen Baldner gegen Ehrhardt, Anerkennung eines Erbrechts betr.

Es ist unbestritten, daß die am 6. Juni 1840 zu Legelshurst verstorbene Joh. Köbel'sche Ehefrau an demselben Tage ein Testament errichtete, wodurch sie die Barbara Moßmann, verehelichte Baldner, ihre einzige Tochter aus erster Ehe, von ihrer Erbschaft ausschloß, dagegen aber die Kinder der letzteren, unter welchen sich auch der jetzige Kläger befindet, zu Erben ihres Nachlasses einsetzte, daß Barbara Moßmann dieses Testament anerkannte, und dabei erklärte, daß es ihr Wille sei, daß der Nachlaß ihrer Mutter ihren Kindern zufallen soll, daß aber auch diese Kinder zu Gunsten ihres Bruders Jakob Baldner auf die großmütterliche Erbschaft verzichteten, und ebenfalls erklärten, daß diese Erbschaft ihrem Bruder Jakob Baldner zufallen solle.

Von den Beklagten, den Seitenverwandten (Geschwisterkindern) der Testirerin wird jedoch die Erbfähigkeit der Geschwister des jetzigen Klägers Jakob Baldner in Bezug auf das in dem Nachlasse der Johann Köbel'schen Ehefrau befindliche liegenschaftliche Vermögen bestritten, indem sie behaupten, daß diese schon vor dem Ableben ihrer Großmutter mit ihren Eltern nach Nordamerika ausgewandert seien, daß sie sich in dem Staate Massachussets niedergelassen und hiedurch nicht nur ihr hierländisches Staatsbürgerrecht, sondern auch ihre Erbfähigkeit hinsichtlich des ihnen hierlands angefallenen liegenschaftlichen Vermögens verloren hätten, weil nach den in dem Staate Massachussets geltenden Gesetzen Ausländer von der Erbfolge in liegenschaftliches Vermögen ausgeschlossen seien, weßhalb nach dem in L.R.S. 11. 711 und 912 ausgesprochenen Grundsatze der Gegenseitigkeit auch den Angehörigen des Staates Massachussets an dem ihnen hierlands zugefallenen liegenschaftlichen Vermögen kein Erbrecht zustehe. Die Erbfähigkeit des Klägers dagegen, welcher ebenfalls mit seinen Eltern nach Nordamerika ausgewandert war, jedoch nach erreichter Volljährigkeit von da zurückkehrte und sein angeborenes hierländisches Staatsbürgerrecht antrat, wurde von den Beklagten bedingungsweise anerkannt, nemlich nur insofern, als er das hierländische Staatsbürgerrecht, welches ihm, weil er zur Zeit der Auswanderung noch minderjährig war, nach dem §. 15 der Verordnung vom 16. Dezember 1803 (Reg.-Bl. von 1804 S. 15) und dem §. 9 des VI. Const.Ed. vom 4. Juni 1808 vorbehalten blieb, nicht blos zum Scheine angetreten habe.

Da indessen die Beklagten den ihnen obliegenden und auch versuchten Beweis, daß der Kläger das hierländische Staatsbürgerrecht nur zum Scheine angetreten habe, nicht geliefert haben, der Kläger dagegen die Bedingungen erfüllt hat, unter welchen er nach den allegirten Verordnungen in das ihm bei seiner Auswanderung vorbehaltene hierländische Staatsbürgerrecht eintreten konnte, so kann dessen Erbfähigkeit hinsichtlich des ihm von seiner Großmutter angefallenen liegenschaftlichen Vermögens keinem weiteren Zweifel mehr unterliegen.

In dieser Instanz wurde zwar behauptet, daß Minderjährige, welche mit ihren Eltern ausgewandert waren, wenn sie von dem ihnen vorbehaltenen Rechte, innerhalb 4 Jahren nach erreichter Volljährigkeit, ihr hierländisches Staatsbürgerrecht anzutreten, Gebrauch machen, erst von dem Tage des Antritts an das verlorene Staatsbürgerrecht wieder erwerben könnten, daß aber dieser Rückerwerb des Staatsbürgerrechts keine rückwirkende Kraft habe, und daß deßwegen auch der Kläger, weil er zur Zeit des Anfalls der großmütterlichen Erbschaft das hierländische Staatsbürgerrecht noch nicht wieder erworben hatte, in Bezug auf das in diesem Nachlaß befindliche liegenschaftliche Vermögen als erbunfähig angesehen werden müsse.

Diese Behauptung ist jedoch unbegründet, indem es sich hier nicht um den Rückerwerb eines verlorenen, sondern um den Antritt eines angeborenen, nicht erloschenen, vielmehr nur ruhenden, Staatsbürgerrechts handelt. Daß nemlich Minderjährige, welche mit ihren Eltern auswandern, dadurch ihr hierländisches Staatsbürgerrecht nicht verlieren, daß ihnen vielmehr dasselbe bis zur erreichten Volljährigkeit und auch noch 4 Jahre nach diesem Zeitpunkt vorbehalten bleibt, dieß ergibt sich schon aus §. 15 der Verordnung vom 16. Dezbr. 1803 und aus einer Vergleichung dieses Paragraphen mit dem folgenden §. 16, indem nach dem §. 15 den Minderjährigen, welche als Familienglieder mit ihren Eltern auswandern, ihr Staatsbürgerrecht vorbehalten bleibt, während nach dem §. 16 Volljährige und Minderjährige, welche nicht als Familienglieder mit ihren Eltern, sondern aus eigenem Willen auswandern, ihr Staatsbürgerrecht verlieren.

Im Einklang mit diesen gesetzlichen Bestimmungen wird in dem §. 9 des VI. Constitutionsedikts vom 4. Juni 1808 verordnet, daß den Minderjährigen, welche mit ihren Eltern auswandern, ihr hierländisches Staatsbürgerrecht unverzogen bleibt, und nur ruht, bis sie zu dessen Antritt zurückkehren, der Ausdruck „unverzogen bleibt" aber offenbar nur den Sinn hat, daß sie ihr angeborenes Staatsbürgerrecht durch den Wegzug mit ihren Eltern

nicht verlieren, daß Minderjährige, welche mit ihren Eltern auswandern, hierdurch allein ihr Staatsbürgerrecht nicht verlieren, dies ergibt sich ganz unzweifelhaft aus dem §. 14 der Verordnung vom 16. Dezbr. 1803, nach welchem das hierländische Vermögen dieser Minderjährigen, bis sie die Volljährigkeit erreicht haben, pflegschaftlich verwaltet werden soll, eine solche pflegschaftliche Verwaltung aber nicht hätte angewendet werden können, wenn das hierländische Staatsbürgerrecht der Minderjährigen durch ihre Auswanderung erloschen wäre.

Wenn man aber auch annehmen könnte, daß der Kläger dadurch, daß er mit seinen Eltern auswanderte, sein angeborenes Staatsbürgerrecht verloren, und daß er dasselbe erst bei seiner Rückkehr wieder erworben habe, so würde doch dieser Rückerwerb nach Annalogie des L.R.S. 9 rückwirkende Kraft haben, denn nach dieser Gesetzesstelle kann ein von einem Fremden erzeugtes und im Inlande geborenes Kind die Rechte eines Inländers dadurch erwerben, wenn es binnen Jahresfrist nach erreichter Volljährigkeit die in diesem L.R.S. vorgeschriebene Erklärung abgibt, und dieser Erwerb hat rückwirkende Kraft, indem der L.R.S. 20, welcher in einzelnen Fällen diesem Erwerb die rückwirkende Kraft versagt, sich nur auf die L.R.S. 10, 18 und 19, nicht aber auch auf den L.R.S. 9 bezieht, voraus folgt, daß in dem Falle des L.R.S. 9 die rückwirkende Kraft nicht ausgeschlossen werden sollte. Wenn aber schon in dem in L.R.S. 9 unterstellten Falle der Erwerb des Staatsbürgerrechts rückwirkende Kraft hat, so muß dies um so mehr bei einem im Inlande geborenen, von einem Inländer erzeugten Kinde der Fall sein, welches, nachdem es während seiner Minderjährigkeit mit seinen Eltern ausgewandert war, nach erreichter Volljährigkeit zurückkehrt, und sein angeborenes Staatsbürgerrecht antritt.

Da hiernach die Erbfähigkeit des Klägers keinem Zweifel unterliegt, so kann es darauf weiter gar nicht ankommen, ob auch seine Geschwister zur Zeit des Erbanfalls erbfähig waren oder nicht, indem dann, wenn sie auch erbunfähig wären, der durch ihr Wegfallen vacant gewordene Erbtheil nicht den Beklagten angefallen wäre, sondern dem Kläger zugewachsen sein würde.

Aus diesen Gründen ꝛc.

X.

IV.

Ueber einen Widerspruch zwischen der bürgerlichen Prozeßordnung und der allgemeinen deutschen Wechselordnung.

In v. Weiler, Motive S. 63 ist zu §§. 780. 781 der alten Prozeßordnung gesagt: „Bei vermißten Schuldurkunden sind, soviel die Papiere auf Inhaber betrifft, bereits positive Bestimmungen vorhanden, auf welche hingewiesen wird. Bei andern, die auf den Namen des Gläubigers lauten, kann die Wirkungslosigkeit der Urkunde nicht angedroht werden.“ In Uebereinstimmung mit dieser Anschauungsweise verfügten die genannten beiden §§. 780. 781, daß im Falle des Abhandenkommens nur bei den Schuldurkunden auf Inhaber (übrigens hier ganz allgemein) das Verfahren zu deren Kraftloserklärung (Amortisation) zulässig sei, bei allen andern Urkunden aber lediglich eine öffentliche Warnung gegen deren Erwerb gestattet werde.

Eigentliche Wechsel auf Inhaber kannte nun unser Handelsrecht nicht (H.R.S. 110), da die Handelszettel auf Inhaber (H.R.S. 190—193. 199 ff.) sich in mancher wesentlichen Hinsicht von den Wechseln unterscheiden. (Brauer, Erl. Bd. IV. S. 525. Bemerk. 2). Wohl aber gestattete es, wenn auch beschränkt, die sogenannten Blanko-Indossamente bei Wechseln in H.R.S. 138. 138a, (Brauer, a. a. O. S. 487) d. h. ein Indossament, welches nur aus dem Datum und der Unterschrift des Indossanten besteht, so daß jeder Inhaber eines so indossirten Wechsels als legitimirt erschien, und der Wechsel einem Papier auf Inhaber fast gleichstund (Brauer, S. 526. Bemerk. 3). Daher sagt Brauer S. 488 am Ende, daß bei Wechseln mit Blanko-Indossamenten die Vorschriften der H.R.S. 202 — 205 „die für Verlustfälle bei dergleichen Papieren auf Inhaber geordnet sind,“ anwendbar seien. Wie demnach schon nach dem Handelsrechte bei Wechseln mit Blanko-Indossamenten das Amortisations-Verfahren zulässig war, so konnte man solche Wechsel unbedenklich als eine Schuldurkunde auf Inhaber im Sinne von §. 781 der alten PrO. ansehen, so daß deren Kraftloserklärung auch nach den Bestimmungen dieses Gesetzes gestattet war.

Bezüglich aller übrigen Wechsel aber war, weil es das Handelsrecht nicht erlaubte und die alte Pr.O. in §. 780 verbot, ein Amortisations-Verfahren ausgeschlossen,

und im Falle ihres Verlusts blieb dem Inhaber kein Mittel, als eine öffentliche Warnung gegen ihren Erwerb zu bewirken.

Anders verhält es sich nach der allgemeinen deutschen Wechselordnung. Auch diese untersagt nemlich die Wechsel auf Inhaber (§. 4 Z. 3 der W.O. W. Brauer Erläuterungen der W.O. S. 39 Bem. Z. 3 zu §. 4. — Renaud, WR. §. 15 S. 32) und gestattet nur, aber in sehr ausgedehnter Weise, durch §. 12 ff die Blanko-Indossamente; dagegen bestimmt sie in §. 73, daß der Eigenthümer eines abhanden gekommenen Wechsels die Amortisation des Wechsels beantragen kann. Darin ist also, ohne Unterschied zwischen den einzelnen Arten von Wechseln das Amortisations-Verfahren zugelassen *). (Renaud a. a. O. §. 90). Nach Ansicht des Art. 1 des Gesetzes über die Einführung der W.O. in Baden (Reg.-Bl. 1849 No. IX.) und in Betracht, daß Art. 4 dieses Gesetzes, welcher das Amortisations-Verfahren des Art. 73 der W.O. näher festsetzt, ebenfalls ganz allgemein von Wechseln spricht, kann es keinem Zweifel unterliegen, daß durch diese neueren Gesetze die §§. 780. 781 der alten Pr.O. abgeändert wurden, und das Amortisations-Verfahren nicht nur bei Wechseln mit Blanko-Indossamenten, sondern bei allen Wechseln zulässig ist.

Vergleicht man nun aber die neue Pr.O., welche bekanntlich lang nach jenen Wechsel-Gesetzen, nemlich am 12. April 1851 verkündet wurde, und am 1. Juli 1851 in Wirksamkeit trat, so findet man in deren §§. 743. 744 **) wörtlich die Bestimmungen der früheren §§. 780 und 781, und da nun diese, wie gezeigt, nur bei Schuldurkunden auf Inhaber ein Amortisations-Verfahren gestatten, so steht in dieser Hinsicht die neue Pr.O. im Widerspruch mit den beiden Wechsel-Gesetzen. Wollte man der Ersteren, als dem jüngeren Gesetze den Vorzug einräumen, so hätte dieß die erhebliche Folge, daß jetzt wieder, wie früher, nur jene Wechsel, welche ein Blanko-Indossament haben, der Amortisation fähig wären, denn andere Wechsel auf Inhaber kennt die W.O. ebenfalls nicht. Eine andere Lösung jenes Widerspruchs läßt sich jedoch meines Erachtens leicht und mit Sicherheit begründen. Nach dem Publikationsedikt und nach Art. 1 der Schlußbestimmungen tritt die neue Pr.O. als neue Abfassung an die Stelle der alten Pr.O. und der Prozeß-Novelle, ist mithin nur in Bezug auf diese Beiden ein derogirendes Gesetz, woraus sich erklärt, daß die unveränderte Wiederaufnahme der früheren §§. 780. 781 als §§. 743. 744 der neuen Pr.O. ohne die Absicht einer Abänderung der Wechsel-Gesetze geschehen sein kann. Eine solche Absicht ist auch sonst nirgends angedeutet. Deßhalb und da die neue Pr.O. zu den Wechsel-Gesetzen im Verhältniß eines späteren allgemeinen zu dem früheren besonderen Gesetze steht, muß man gemäß L.R.S. 6c annehmen, daß die Wechsel-Gesetze durch die neue Pr.O. nicht abgeändert worden sind, und mithin auch jetzt noch die Amortisation der Wechsel lediglich nach den wechselrechtlichen Bestimmungen zu beurtheilen ist.

Dr. Puchelt.

*) Auch bei nicht acceptirten Wechseln ist die Amortisation möglich, hat aber freilich nicht die Folge, daß darauf hin Zahlung gefordert werden darf. Brauer S. 148 Bem. 1. 2 zu Art. 73 der Wechsel-Ordnung.

Richtig bemerkt übrigens Renaud S. 191, daß, obwohl Art. 73 nur den Acceptanten als zahlungspflichtig bezeichnet, dennoch auch von dem Aussteller des eigenen Wechsels nach Einleitung des Amortisations-Verfahrens Zahlung begehrt werden darf.

D. E.

**) Abänderung wegen Amortisirung der Zettel von öffentlichen Leih- und Pfandhäusern enthält das Gesetz vom 6. April 1824 Reg.-Bl. No. XX.

D. E.

V.

1) Unterscheidung zwischen Diebstahl und Unterschlagung.

Annalen XXI. S. 291. 320.

2) Zusammentreffen eines Rückfalls in das Verbrechen des dritten Diebstahls mit einem Rückfalle in ein gleiches Verbrechen.

Annalen XVIII. S. 262. XIX. S. 383 ff.

Fidel Reidhard von M., welcher schon früher sechsmal wegen Diebstahls und zweimal wegen Betrugs und Unterschlagung gerichtlich bestraft worden war, hatte aus dem Hause des Spitals zu M., worin ihm mit andern vermögenslosen Mannspersonen ein Zimmer zum einstweiligen Aufenthalte eingeräumt und ein dem Spitale gehöriges Bett zur Benützung als Schlafstätte überlassen worden war, Bestandtheile dieses Bettes, — nemlich das Unterbett und ein Leintuch im Gesammtwerthe

von 2 fl. 30 kr. eigenmächtig in der Weise beseitigt, daß er solche einer Frau für den Betrag von 25 kr., welchen er zum Ankauf von Brod und Schmalz verwendet haben will, als Faustpfand übergab. Später sagte er zu dieser Frau ausdrücklich, sie könne mit den Sachen verfahren, wie sie wolle, er würde sie nicht mehr einlösen. Hiefür wurde Fidel Neidhard vom Hofgericht des Seekreises wegen vierten Rückfalls in das Verbrechen des dritten Diebstahls zu einer Arbeitshausstrafe von einem Jahre und drei Monaten verurtheilt. Der wesentlichste Theil des Inhalts der hofgerichtlichen Entscheidungsgründe ist in Annalen XXI. S. 320 angegeben.

Neidhard ergriff gegen dieses Urtheil den Rekurs, indem er jede diebische Absicht läugnete und behauptete, die gedachten Gegenstände nur mit dem Vorsatze, sie dereinst wieder zurückzunehmen, verpfändet, der erwähnten Frau aber solche niemals, wie von ihr angegeben worden, zur freien Verfügung überlassen zu haben.

Zugleich wurde durch die Staatsbehörde von dem Rechtsmittel der Anschließung Gebrauch gemacht, weil Neidhard nur wegen vierten Rückfalls in das Verbrechen des dritten gemeinen Diebstahls und nicht auch zugleich wegen achten Rückfalls in ein gleichartiges Verbrechen bestraft worden sei.

Von dem großh. Oberhofgericht wurde das hofgerichtliche Urtheil, soweit von der Staatsbehörde adhärirt worden, dahin abgeändert, daß Neidhard nicht blos des vierten Rückfalls in das Verbrechen des dritten Diebstahls, sondern auch zugleich des achten Rückfalls in ein gleichartiges Verbrechen für schuldig zu erklären und deßhalb zu einer Arbeitshausstrafe von zwei Jahren zu verurtheilen sei.

In den oberhofgerichtlichen Entscheidungsgründen ist gesagt:

„Da schon die Hingabe als Faustpfand eine bedingte Veräußerung der dem Spital gehörigen Bettstücke enthielt, zu welcher der Angeschuldigte nur als Eigenthümer berechtigt gewesen wäre, so muß bei seiner Handlungsweise — auch abgesehen von der bestimmten Versicherung der Fritz'schen Ehefrau, derselbe habe ihr späterhin ausdrücklich erklärt, sie könne mit den Sachen verfahren, wie sie wolle, er werde sie nicht mehr auslösen — die Absicht, sich die beseitigten Bettstücke zuzueignen und durch jene Art der Veräußerung einen, wenn auch verhältnißmäßig nur geringen Gewinn für sich zu erreichen, um so mehr angenommen werden, je weniger der Angeschuldigte in seinen damaligen Verhältnissen (bei seiner völligen Mittellosigkeit) auch nur mit einiger Sicherheit darauf rechnen konnte, daß er seiner Zeit zur Wiedereinlösung der verpfändeten Gegenstände vermögend sein werde. Aus dem Umstande, daß derselbe die entfremdeten Gegenstände nicht sofort, und zwar um einen höheren Preis verkauft, sondern nur in Versatz gegeben, deßgleichen, daß er den Sachverhalt bald nach der Entdeckung des Verlustes der Spitalaufsichtsbehörde eröffnet hat, kann aber noch keineswegs der Mangel jener Absicht gefolgert werden, indem dieses sein Benehmen durch ganz andere Rücksichten, welche mit seiner gewinnsüchtigen Absicht wohl vereinbarlich bleiben, z. B. durch die leichtere Ausführbarkeit der gewählten Veräußerung und die Erwartung einer mildern Beurtheilung, als Folge der gemachten Eröffnung*) bestimmt worden sein mochte. Dagegen sprachen die persönlichen Verhältnisse des Thäters, welcher längst schon als Gewohnheitsdieb bekannt und nach den vorliegenden neuesten Zeugnissen seiner Heimathsbehörde überdies dem Müßiggange, dem Trunke und ausschweifenden Leben ergeben ist, entschieden für das Vorhandensein der diebischen Absicht, womit die That von ihm begangen wurde. Als wirkliche Entwendung und nicht als Unterschlagung mußte aber dem Angeschuldigten sein Vergehen darum zugerechnet werden, weil derselbe durch seine Aufnahme in das dem Spitale gehörige Haus und die ihm eingeräumte Benützung des dem Spitale gehörigen Bettes in letzterem noch keineswegs im Sinne des Gesetzes Besitzer oder Inhaber dieses Bettes, oder gar des Hauses selbst geworden war, dieser Besitz vielmehr, bezüglich auf die beseitigten Bettstücke gerade erst durch die That, womit er solche seiner Verfügungsgewalt unterwarf, widerrechtlich ergriffen hat. Der Rekurrent erscheint demnach durch das hofgerichtliche Urtheil, insofern er damit das Verbrechen des Diebstahls für schuldig erklärt wurde, ebensowenig als durch die gegen ihn ausgesprochene Strafe als beschwert, es mußte vielmehr in letzterer Beziehung bei Erwägung, daß der Angeschuldigte früher schon sechsmal wegen Diebstahls und außerdem zweimal wegen Betrugs und Unterschlagung gerichtlich bestraft worden ist, sein jetziges Vergehen

*) Vrgl. §. 152 Nr. 6 des St.G.B.

D. R.

sohin nicht nur als vierter Rückfall in das Verbrechen des dritten Diebstahls, sondern zugleich als achter Rückfall in die genannten gleichartigen Verbrechen zufolge §. 183 Z. 1 §. 184 und 185 des St.G.B. sich darstellt, die deßhalb vom großh. Staatsanwalt im Wege der Anschließung aufgestellte Beschwerde für begründet erachtet und in dessen Folge die Strafe des Rekurrenten auf das im Urtheil bestimmte Maaß erhöht worden.

Haager.

VI.

Das Retentionsrecht des Käufers, welcher mit einer Pfand- oder Zueignungsklage angegriffen oder bedroht ist, erstreckt sich nicht auch auf die Zinse des Kaufschillings. L.R.S. 1653.

So wurde vom Hofgericht des Seekreises in Sachen Spar- und Leihkasse Stubersheim gegen Simon Maier entschieden, nemlich der Beklagte zur Bezahlung der bedungenen Zinse des Kaufschillings verurtheilt. — Denn, so besagen die hofgerichtlichen Entscheidungsgründe, — auf diese Zinse erstreckt sich das Retentionsrecht des Käufers nicht, indem sie ein Surrogat der von ihm genossenen Früchte sind und er auch im Falle einer Zueignungs- oder Pfandklage die genossenen Früchte nur von dem Tage der ihm zugestellten Klage an zu ersetzen haben würde. L.R.S. 549. 550. 2176. Pr.O. §. 284.

Hgr.

VII.

Zu §. 903 Pr.O.

Annalen No. 24 S. 187. No. 26 S. 203. No. 33 dieses Jahrganges.

Das Hofgericht des Seekreises hat kürzlich in einem Rechtsfalle sich dahin ausgesprochen, daß die neuerdings wieder aufgetauchte Ansicht, als sei zur Klagerhebung gegen einen verganteten Schuldner die Anführung und Erweisung der erheblichen Vermögens- und Erwerbsverhältnisse desselben nothwendig, weder in dem Gesetze noch außerhalb demselben Grund und Halt habe.

Hgr.

Berichtigung.

1) In No. 50. S. 399. Sp. 2. Z. 13 und 17 von oben, sodann S. 400. Sp. 1. Z. 12 und 24 von oben ist „No." statt „Note" zu lesen.

2) In No. 51. S. 407. Sp. 1. Z. 9 von oben ist nach „Ebenso" das Wort „wenig" einzuschalten.

Anzeige.

Mit dem Januar 1855 beginnt der **XXII.** Jahrgang dieser Zeitschrift. Bestellungen darauf können sowohl bei den großh. Postämtern als bei den Buchhandlungen gemacht werden.

Der Preis für das Semester beträgt unverändert 2 fl. 30 kr. Man bittet, die Bestellungen gefälligst zu beschleunigen, damit in der Zusendung keine Verzögerung entsteht.

Mannheim, im Dezember 1854. **Buchhandlung von J. Bensheimer.**

Redacteur Oberhofgerichtsrath Bayer. Verlag von J. Bensheimer in Mannheim. Druck von C. Schmelzer in Mannheim.